

I. El punto de vista tradicional.	257
1. Compromisos entre sujetos y objetos del derecho internacional.	263
2. La autonomía de la voluntad en el CEI	265
II. Facultades nacionales limitadas por el derecho internacional	266
III. Los objetivos del contrato de Estado internacional	267
IV. Las partes	271
1. El Estado	271
2. Operador extranjero	274
V. Norma convencional. Estructura del contrato estatal, principios y cláusulas	279
1. Principio de autonomía de la voluntad	279
2. <i>Pacta sunt servanda</i>	282
3. Principio de usos y prácticas	285
4. Buena fe y trato justo.	287
5. Principio de independencia de las cláusulas	290
6. <i>Hardship</i>	291
7. Cláusulas interpretativas	295
8. Cláusula de integridad o fusión	297
9. Cláusula de términos deliberadamente abiertos	298
10. Cláusula de elección de ley aplicable	299
11. Cláusulas arbitrales.	304
12. Cláusulas de estabilización.	307
VI. Vida del contrato	314
1. No ejecución	314
2. Remedios	320

CAPÍTULO CUARTO

EL CONTRATO DE ESTADO INTERNACIONAL

I. EL PUNTO DE VISTA TRADICIONAL

En el campo de la inversión extranjera son comunes los acuerdos celebrados entre empresas creadas en países con capacidad técnica y económica con gobiernos de países sin tecnología o liquidez suficiente, pero con recursos y riquezas a explotar para el desarrollo económico. Ejemplo de estos acuerdos son aquellos que buscan desarrollar sectores energéticos o minerales, establecer ductos petroleros o de gas, desarrollar áreas sin cultivar, y, en general, llevar a cabo inversiones conjuntas o proyectos económicos de largo plazo. A estos acuerdos les denominamos contratos de Estado internacionales (CEI).⁸⁰⁹

Los CEI han evolucionado a lo largo del tiempo. Hasta la década de los años setenta del siglo pasado se identificaban con contratos de concesión preocupados por proteger los intereses de los inversionistas.⁸¹⁰ Las décadas de los años setenta y ochenta fueron testigas de un nuevo tipo de contratos desarrollados a raíz de ciertas resoluciones adoptadas por la Asamblea Ge-

⁸⁰⁹ Las denominaciones para este tipo de contratos son varias: contratos internacionales, contratos internacionalizados, acuerdos cuasi-internacionales, acuerdos de desarrollo económico, acuerdos transnacionales y contratos gubernamentales, acuerdos de inversión transnacionales, entre otros.

⁸¹⁰ Este tipo de contratos tenía las siguientes características: 1) usaban las regalías como las bases primarias para fijar las obligaciones de los concesionarios; 2) otorgaban posesión de tierra a las corporaciones internacionales que en los hechos se convertían en enclaves extranjeros; 3) los acuerdos eran fijados por plazos no menores a 50 años; 4) bajo las concesiones los Estados huésped estaban excluidos de cualquier decisión relacionada con la operación comercial, y 5) las compañías extranjeras descansaban en derechos de propiedad otorgados a las mismas bajo la concesión respecto de todo lo extraído. Adede, A. O., "Legal Trends in International Lending and Investment in the Developing Countries", *Recueil des Cours*, II, t. 180, 1983, p. 122. Véase, también, El-Kosheri, Ahmed Sadek, "Le régime juridique créé par les accords de participation dans le domaine pétrolier", *Recueil des Cours*, vol. II, t. 142, 1974, pp. 230 y ss.

neral de las Naciones Unidas,⁸¹¹ en los cuales se buscaba privilegiar el desarrollo económico del país receptor. Los CEI son contratos transaccionales que otorgan al inversionista extranjero el derecho de involucrarse en actividades estatales en el país huésped e imponen al inversionista y al gobierno una serie de derechos y obligaciones relacionados.⁸¹² Dichos contratos están hechos a la medida, para cubrir necesidades únicas.⁸¹³

⁸¹¹ El Establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional en 1974. Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3201 y 3202, “4. El Nuevo Orden Económico Internacional deberá estar fundado en el pleno respeto a los siguientes principios:... (e) Plena y permanente soberanía de cada Estado sobre sus recursos naturales y actividades económicas. Con el fin de salvaguardar tales recursos, cada Estado está facultado para ejercer control efectivo sobre ellos y su explotación con los medios adecuados a su propia situación, incluyendo el derecho a nacionalizar o transferir la propiedad a sus nacionales, siendo este derecho una expresión de la soberanía permanente del Estado. Ningún Estado será sujeto de coerción económica, política o de otro tipo para prevenir el libre y completo ejercicio de este derecho inalienable”. Charter of Economic Rights and Duties of States, 1974, General Assembly Resolution 3281. “Article 2, p. 1. Every State has and shall freely exercise full permanent sovereignty... over all its wealth, natural resources and economic activities. p. 2. Each State has the right: (a) To regulate and exercise authority over foreign investment within its national jurisdiction in accordance with its laws and regulations and in conformity with its national objectives and priorities. No State shall be compelled to grant preferential treatment to foreign investment... (c) To nationalize, expropriate or transfer ownership of foreign property, in which case appropriate compensation should be paid ... taking into account its relevant laws and regulations and all circumstances that the State consider pertinent... In any case where the question of compensation gives rise to a controversy, it shall be settled under the domestic law of the nationalizing State and by its tribunals, unless it is freely and mutually agreed by all States concerned that other peaceful means be sought on the basis of the sovereign equality of State and in accordance with the principle of free choice of means”. El reconocimiento legal de distintos niveles de desarrollo económico y su repercusión en el mundo comercial internacional ha sido reconocido también en el marco de la Organización Mundial del Comercio, al respecto véase Cruz Miramontes, Rodolfo, “Alcance jurídico del concepto económico de país en vías de desarrollo”, *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 23, 1994, pp. 59 y ss.

⁸¹² Las siguientes cuatro características describen un CEI: I) una de las partes contratantes es un gobierno soberano y la otra es un nacional o una empresa privada de un Estado extranjero; II) el contrato refiere a movimientos de capital extranjero al país huésped con el propósito de actividades de inversión durante un periodo específico; III) el contrato se refiere a una actividad de inversión que desde el punto de vista del Estado huésped ayudará a su desarrollo económico, y IV) el contrato específicamente señala condiciones vinculantes para ambas partes en términos de derechos y obligaciones recíprocos. Cherman, Joy, *Investment Contracts and Arbitration*, Leyden, Sijthoff, 1975, p. 16.

⁸¹³ Steiner, Henry y Vagts, Detlev, *op. cit.*, nota 787, p. 495.

A diferencia de los contratos administrativos estudiados por la tradición romana-germana, en los CEI la relación soberano-súbdito es inexistente y, por tanto, los resultados de dicho estudio son inaplicables. Como se señaló en la parte correspondiente al contrato administrativo, su elemento principal es la potestad rescisoria que tiene la administración pública, potestad que se traduce en la prerrogativa gubernamental de disponer de manera unilateral la rescisión del contrato. La rescisión en el contrato administrativo puede darse sin falta o culpa del privado co-contratante de la administración pública, y encontrar su fundamento en razones de oportunidad, mérito o conveniencia para el interés público, interés que supuestamente es representado por el Estado.⁸¹⁴ Cabe señalar que aunque la facultad rescisoria ha sido sostenida por la teoría del contrato administrativo en la tradición romano-germana, dicha potestad ha sido reconocida como poder estatal en la mayoría de los sistemas legales sin importar la familia a la que pertenezcan y esto incluye a los Estados Unidos de Norteamérica.⁸¹⁵

En el derecho internacional, quizá debido a la falta de un poder central que, a semejanza del Estado, se apropie la representación del interés general, la facultad rescisoria por motivos de oportunidad o conveniencia para el Estado no ha sido reconocida para el caso de los CEI. Punto controversial en los contratos de Estado internacionales es si la facultad de rescindir el acuerdo en cualquier tiempo debe ser considerada como un aspecto no negociable del poder estatal derivado del deber de los gobiernos de servir el bienestar económico y social de sus pueblos.

Dado que la facultad rescisoria es aceptada por la mayoría de los sistemas legales donde se llevan a cabo las inversiones extranjeras, los inversionistas han luchado por que el CEI no sea regido por el sistema jurídico del Estado huésped de la inversión. Se trata de evitar que la facultad rescisoria sea ejercida por los Estados.⁸¹⁶ Estas dos posturas contradicto-

⁸¹⁴ Debido a esta unilateralidad en la facultad rescisoria por parte del Estado, algunos autores prefieren denominarle facultad de revocación. Marienhoff, Miguel, *Tratado de derecho administrativo. Contratos administrativos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1974, t. III-A, p. 560.

⁸¹⁵ *Russell Motor Car Co. vs. US* 261 U. S. 514 (1923), USSC. Véase también *De Laval Steam Turbine Co. vs. US*, 284 U. S. 61 (1931), USSC.

⁸¹⁶ Así, se ha dicho que este contrato se encuentra en un difícil equilibrio entre dos extremos, la máxima deslocalización y la lucha por la relocalización respecto al sistema jurídico nacional. Cfr. Frignani, Aldo, *Il diritto del commercio internazionale. Manuale teorico pratico per la redazione dei contratti*, II Edizione, Ipsoa Informatica, 1990, p. 97; Delaume, Georges, *op. cit.*, nota 301, p. 2.

rias: deslocalización vs. localización del acuerdo de inversión han dado lugar en la doctrina a dos escuelas al respecto, la discusión sobre el tema oscila entre estos dos extremos.⁸¹⁷

Las contradicciones entre los intereses del Estado huésped de la inversión y la protección que buscan los inversionistas extranjeros ha dado lugar a una regulación internacional especial que puede resumirse en las siguientes seis proposiciones expuestas por Schwarsenberger hace un tiempo y que continúan siendo sostenidas por la doctrina imperante:⁸¹⁸

- a) Los CEI son acuerdos entre sujetos y objetos del derecho internacional. La presunción es a favor de que dichos contratos estén gobernados por el derecho nacional del Estado parte.⁸¹⁹ Desde esta perspectiva, depende del sistema jurídico nacional en concreto si los CEI deben ser interpretados como contratos o actos unilaterales y/o si pertenecen al derecho público o privado.
- b) Bajo el principio de la autonomía de la voluntad, depende de la intención de las partes el que el CEI esté regido por el derecho nacional del Estado parte o por el de otro Estado, por los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas⁸²⁰ o

⁸¹⁷ Para una revisión de estas dos escuelas véase Sornarajah, M., "Settlement of Investment Disputes", *Simposium acuerdos de inversión internacionales y sus implicaciones para los países árabes*, El Cairo, 17 y 18 de mayo de 1999, <http://www.unctad.org/iiaregional/egypt/sornarajah.pdf>.

⁸¹⁸ Schwarzenberger, Georg, *Foreign Investments and International Law*, Londres, Stevens & Sons, 1969, pp. 5 y ss.

⁸¹⁹ "No puede sostenerse que la intención del Estado prestatario fue someterse a una ley que no sea la suya como la aplicable respecto a la sustancia de sus deudas y la validez de las condiciones establecidas respecto de la misma, a menos que exista. sino una provisión expresa en este sentido, evidencia de que todas las circunstancias muestren irrefutablemente que esa fue la intención". *Payment in gold of Brazilian federal loans issued in France, cit.*, nota 652, p. 122.

⁸²⁰ En el caso de *Lena Goldfields*, el tribunal arbitral sostuvo que en todas las cuestiones de naturaleza local, las leyes de la Unión Soviética aplicarían, excepto que fueren excluidas de manera expresa por el contrato, pero que los principios generales del derecho reconocidos por el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional constituían la "ley propia del contrato". Prueba de lo anterior, sostuvo el tribunal, fue que la concesión había sido suscrita por el Comisario de Relaciones Exteriores, y que muchos de los términos del contrato contemplaban la aplicación de principios de derecho internacionales en vez de nacionales. *Lena Goldfields, Ltd (1930)*, 36 Cornell law quarterly (1950-51), p. 50.

por un tercer sistema legal⁸²¹ distinto al derecho nacional e internacional como puede ser la *lex mercatoria*.⁸²²

- c) Si las partes del CEI señalan que el derecho internacional es la ley aplicable ello puede significar una de dos cosas: el sujeto del derecho internacional involucrado intenta⁸²³ dar personalidad internacional al objeto de derecho internacional para propósitos particulares de la relación contractual, o bien las partes tratan de aplicar por analogía el derecho internacional y en realidad se sujetan a un cuasi régimen internacional como la *lex mercatoria*.⁸²⁴

⁸²¹ Compárense, por ejemplo, los siguientes acuerdos arbitrales con relación a la ley aplicable: “The tribunal was to decide: a) In accordance with the Saudi Arabian law, b) In accordance with the law deemed by the arbitration tribunal to be applicable in matters beyond the jurisdiction of Saudi Arabia” *Saudi Arabia v Arabian American Oil Company*, ARAMCO, 1958, 27 International Law Reports 117; “Article III (2) law governing the substantive issues shall be determined by the Tribunal, having regard of the quality of parties, trans-national character of their relations, principles of law and practice prevailing in the modern world” *Kuwait v American Independent Oil Co*, AMINOIL, 1982, 66 International law reports 519. Para una relación más extensa de este tipo de cláusulas véase Bishop, Doack, “Internacional Arbitration of Petroleum Disputes: The Development of a «Lex Petrolea»”, The Centre for Energy, Petroleum and Mineral Law and Policy, <http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal/html/article2-3.html>2000.

⁸²² Para un análisis conciso y profundo de la *lex mercatoria* véase a Maniruzzaman, Abul, “The Lex Mercatoria and Internacional Contracts: a Challenge for Internacional Comercial Arbitration?”, *American University Internacional Law Review*, vol. 14, 1999, pp. 658 y ss. De igual forma, Highet, Keith, “The Internationalization of Law and Legal Practice: The Enigma of the Lex Mercatoria”, *Tulane Law Review*, núm. 63, febrero de 1989, p. 613, Delaume, Georges, “The Internationalization of Law and Legal Practice: Comparative Analysis as a Basis of Law in State Contracts: the Myth of the Lex Mercatoria”, *Tulane Law Review*, núm. 63, febrero de 1989, p. 575.

⁸²³ Este otorgamiento de personalidad, sin embargo, no es oponible a terceros. *Nanni vs. Pace and the Sovereign Order of Malta*, Italian Court of Cassation, 1935.

⁸²⁴ “La pregunta interesante respecto a la ley mercatoria no es su naturaleza o su sustancia, sino sus límites”. Cfr. Albert, Mathias, “Legalisation or Global Law Formation? On the Evolution of Law in World Society”, *Transnacional Business in the Age of Globalization*, Munich, 26 de octubre de 2001, pp. 4 y ss; Bonell, Michael Joachim, “The UNIDROIT Principles and Transnational Law”, <http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2000-2.htm>, agosto de 2000.

- d) Un CEI legalmente celebrado es un derecho adquirido en el sentido que dicho término tiene en el derecho internacional⁸²⁵ y que fue reconocido por la Corte Permanente de Justicia Internacional.⁸²⁶
- e) En el caso de un CEI gobernado por el derecho nacional del Estado parte, este último tiene la facultad rescisoria respecto del contrato. En virtud de su soberanía una renuncia a dicha facultad rescisoria no puede presumirse. El ejercicio legal de la facultad rescisoria al estar acompañada de compensación completa, equivale a una expropiación, facultad estatal que es reconocida como legal por el derecho internacional general.
- f) Si el CEI, aunque sujeto al derecho nacional del Estado parte, prevé que el Estado no llevará a cabo actos de interferencia legislativa o administrativa, tal promesa cristaliza la relación contractual entre las partes al momento en que se celebró el contrato.

Los anteriores seis postulados constituyen el núcleo de la teoría tradicional en derecho internacional en materia del CEI. Dichos postulados se enmarcan en las reglas del derecho internacional de protección a las inversiones extranjeras. A lo largo de este trabajo hemos proporcionado di-

⁸²⁵ Shawcross, "The Problems of Foreign Investment in International Law", *Recueil des Cours*, I, t. 102, 1961, p. 351. En el derecho anglosajón "se llama derecho adquirido a aquel derecho que completa y definitivamente una persona ha hecho suyo de forma que no puede ser cancelado o desafiado por un acto de otra persona, por lo que tanto en derecho como en equidad el gobierno debe reconocerle y protegerle como legal, de forma que su titular no puede ser arbitrariamente privado del mismo sin que ello sea considerado una injusticia y solamente puede ser privado por los métodos procesales establecidos y por necesidad pública". *Black's Law Dictionary*, Minnesota, West publishing, Centenal edition 1991.

⁸²⁶ "El principio de los derechos adquiridos... forma parte del derecho internacional generalmente aceptado" *Certain german interests in Upper Silesia, (Factory of Chorzw case)*, *op. cit.*, nota 143, pp. 4-107, esp. p. 42. En el derecho internacional "la expresión derecho adquirido... evoca un derecho cuyos elementos constitutivos han sido ya realizados en su totalidad. Esta expresión es corriente cuando se habla de conflictos de leyes en el tiempo; el cambio de legislación no influye sobre los derechos creados con anterioridad al mismo". El reconocimiento de los derechos adquiridos es tan importante que se sostiene que "ninguna relación internacional sería posible si los derechos adquiridos en un país no pudiesen conservarse en los demás". Niboyet, J. P., *op. cit.*, nota 4, pp. 13 y 14. El principio de derechos adquiridos generados por concesiones ha sido discutido también en el caso de cambios de soberano, al respecto se ha dicho que "un mero cambio de soberano no produce ninguna modificación en la situación de los derechos que existen en el territorio". Moore, John Bassett, *A Digest of International Law*, Washington, Government Printing Office, 1906, vol. I, p. 415.

versas herramientas para el análisis de dichos postulados, de forma que comenzaremos por hacer notar algunas inconsistencias en la teoría tradicional, para luego proponer nuevas aproximaciones.

1. *Compromisos entre sujetos y objetos del derecho internacional*

Si en el sistema jurídico internacional solamente los Estados y ciertas organizaciones internacionales tienen personalidad reconocida,⁸²⁷ es imposible, desde el punto de vista de este sistema legal, que un contrato celebrado entre uno de sus sujetos y un ente que no tenga personalidad legal reconocida por dicho sistema sea gobernado por tal orden legal.⁸²⁸ De ahí que cuando las partes establecen como ley aplicable el derecho internacional, su decisión no puede ser reconocida ni tener efectos legales dentro de un sistema legal que no reconoce personalidad legal suficiente para dicho efecto. El CEI solamente puede ser gobernado por un sistema legal en el que ambos contratantes tengan personalidad legal reconocida para celebrarlo.

No obstante lo antes argumentado sobre las partes de un CEI y su diferente estatus en materia de personalidad en el derecho internacional, la relación contractual en el CEI es reconocida por el sistema jurídico internacional en los siguientes sentidos:

- a) El sistema legal internacional otorga calidad de derecho adquirido y califica de propiedad al CEI respecto del inversionista.
- b) El sistema legal internacional reconoce la facultad soberana de rescindir el CEI. Si dicha facultad se ejerce cumpliendo con las forma-

⁸²⁷ *Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory opinión, Corte Internacional de Justicia, 1949.

⁸²⁸ En los contratos de préstamos celebrados entre un Estado y una organización internacional como el Banco Mundial, ambos entes con personalidad internacional, se prevé en ocasiones que los derechos y obligaciones del Estado que suscribe puedan ser cedidos *in toto* o en parte a personas privadas. La pregunta que surge es si el derecho internacional aplicable al contrato original continúa o no gobernando la relación jurídica una vez realizada la cesión en comento. Delaume, Georges, "The Proper Law of Loans Concluded by International Persons: A Restatement and a Forecast", *American Journal of International Law*, vol. 56, Issue 1, enero de 1962, p. 81; véase también el clásico estudio de Mann, F. A., "The Law Governing State Contracts", *British Yearbook of International Law*, 1944, p. 32.

lidades legales la califica de expropiación. Si la facultad rescisoria se lleva a cabo sin seguir las formalidades legales se convierte en confiscación.

- c) La relación legal del CEI aunque no esté gobernada por el derecho internacional de manera inmediata, lo está en cuanto derecho adquirido.
- d) Aunque la relación legal CEI no esté gobernada por el derecho internacional, este último sistema legal establece, a manera de *grundlegung* de dicho pacto consensual, que la facultad estatal rescisoria establecida en el sistema legal estatal puede ser objeto de restricción mediante convenio expreso; de esta forma aunque el contrato esté gobernado por un sistema legal nacional que establezca la irrestrictibilidad de la facultad rescisoria, la presencia de cláusulas de estabilización genera una obligación para el Estado que si no respeta da lugar a responsabilidad internacional. Bajo este intrincado esquema la relación contractual CEI queda gobernada y no gobernada, al mismo tiempo, por el derecho internacional general.

El juez Cardoso señalaba que “la ley y la obediencia a la ley eran hechos confirmados cada día a nosotros en la experiencia de la vida. Si el resultado de una definición es hacerles ver como ilusiones, tanto peor para la definición; debemos alargarla hasta que sea lo suficientemente amplia para responder a las realidades”.⁸²⁹ El derecho internacional tradicional es incapaz de dar respuesta satisfactoria al fenómeno CEI como se celebra en el mundo contemporáneo. Las causas ya han sido largamente explicadas en este trabajo y baste citarlas: el dogma soberano como principio de las relaciones internacionales, falta de personalidad suficientemente reconocida a los privados,⁸³⁰ supervivencia de conceptos inscritos en los límites estatistas como son el binomio público-privado, soberano-súbdito, entre otros.

⁸²⁹ Cardozo, Benjamín N., *The Nature of the Judicial Process*, 1921.

⁸³⁰ El derecho internacional comercial ha comenzado a reconocer ciertos derechos directamente a los agentes económicos, empresas o individuos, y no sólo a los Estados. Así, por ejemplo, en el marco de la Organización Mundial de Comercio (OMC), bajo el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, se reconocen derechos de propiedad intelectual a los nacionales de otros Estados miembros de la OMC. Lo que no existe todavía en un derecho internacional es una acción para el individuo para hacer valer el derecho sustantivo. Charnovitz, Steve, “La OMC y los derechos del individuo”, *Ars Juris. Revista del Instituto de Documentación e Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, núm. 26, 2001, pp. 101-129; Booyesen, Hercules, “Is International Law Relinquishing Its Exclusi-

La necesidad de replantear la relación entre el sistema jurídico internacional y los sistemas jurídicos nacionales es la única forma de explicar coherentemente el fenómeno CEI. Desde nuestra perspectiva, la única manera de dar lógica al CEI y a su relación con el derecho internacional y los demás sistemas jurídicos nacionales y otros órdenes legales como puede ser la *lex mercatoria* es considerar que el *grundlegung* de la relación contractual CEI es el derecho internacional general que engloba como subsistemas a los demás sistemas legales, y que todos ellos, en una complicada red de normas, regulan la relación CEI en todos sus aspectos. Este esfuerzo, además, es parte de una tendencia mayor que pretende alcanzar la *Eunomia* de Allott,⁸³¹ la revolución de las representaciones morales de Habermas,⁸³² el *pactum subjectionis* de Ferrajoli⁸³³ y la idea de orden público de Kelsen⁸³⁴ a nivel internacional.

La explicación de la relación contractual del CEI es similar a la de un contrato celebrado entre dos entes con personalidad reconocida en dos sistemas jurídicos distintos, pero que se encuentran a la vez subsumidos en un sistema legal global. Pensemos en un préstamo mercantil entre una sociedad civil constituida conforme a las leyes de Chiapas y un comerciante de Los Ángeles, préstamo a ser honrado en Guatemala, regido por el derecho mercantil mexicano y pactado en moneda canadiense. Este ejemplo es sin duda del tipo de las relaciones legales que quedan gobernadas por más de un sistema legal y que para tener lógica deben ser interpretados en la complicada red de vinculaciones entre los distintos sistemas jurídicos que intervienen.

2. La autonomía de la voluntad en el CEI

El principio de la autonomía de la voluntad es reconocido por el derecho internacional general como aplicable a los CEI. Dependiendo de la intención de las partes, el contrato estará regido por el derecho nacional del Estado parte o por el sistema jurídico de otro Estado, por los princi-

vally Public Law Nature?", *Tulsa Journal of Comparative & Internacional Law*, núm. 129, primavera de 1997, pp. 223 y ss.

⁸³¹ Allott, Philip, *op. cit.*, nota 18, p. XXVII.

⁸³² Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 17, p. 26.

⁸³³ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 19, p. 178.

⁸³⁴ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 79, p. 91.

pios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas o por un sistema de cuasi derecho internacional como la *lex mercatoria* y en ocasiones por el derecho internacional.

En este punto cabe simplemente traer a colación las conclusiones de la discusión expuesta en la sección que trató el principio de la autonomía de la voluntad: las partes de un contrato son autónomas únicamente en la medida y extensión en que se los permite el sistema legal en que se mueven. Son libres en la medida de sus grados de libertad. Si tienen la facultad de escoger entre diversos sistemas legales, de forma que en cada sistema legal a elegir se reconozca el compromiso, mismo que además es reconocido por los sistemas jurídicos mutuamente, ello se debe a que se cumple con uno de dos supuestos: *i)* se crea una red de n^n relaciones sinalagmáticas de reconocimiento mutuo entre los sistemas n_i , o *ii)* la obligación de reconocimiento está prevista en un sistema jurídico que engloba otros tantos sistemas legales. La elección entre estos dos tipos de soluciones es la diferencia entre el sistema legal internacional tradicional y el kantiano que en este trabajo se apoya. Para finalizar esta sección baste decir que los reconocimientos entre sistemas legales se dan en la práctica, lo que aquí, simplemente, se propone es una forma diferente de explicar esos reconocimientos al sostener que dicha forma es la que más se apega a la realidad cotidiana.

II. FACULTADES NACIONALES LIMITADAS POR EL DERECHO INTERNACIONAL

En el caso del CEI se presume que éste es gobernado por un derecho nacional. Si el derecho nacional de mérito reconoce la facultad rescisoria del Estado, el derecho internacional respeta tal facultad interna calificándole de expropiación y simplemente exige que cuando se lleve a cabo se sigan las formalidades debidas para evitar que dicha expropiación se torne confiscación y surja responsabilidad internacional. En particular se exige compensación completa, es decir, el pago total del valor de la inversión. ¿Por qué sobre una facultad reconocida por un sistema legal otro sistema jurídico exige que el primero cumpla ciertas formalidades en su ejercicio bajo la amenaza de responsabilidad en el segundo? La única explicación es que el sistema legal que estatuye la facultad sea un subsistema del sistema jurídico que exige el cumplimiento de formalidades. So-

lamente en este sentido el segundo sistema puede limitar el ejercicio de la facultad postulada por el primero.

La explicación propuesta no tiene nada de novedosa, pues desde Kant se ha sugerido. Por otro lado, la permeabilidad intersistémica entre los órdenes legales nacionales y otros órdenes y el sistema legal internacional ha sido reconocida desde hace tiempo por la antecesora de la Corte Internacional de Justicia al señalar en el asunto de la nacionalidad que:

La cuestión sobre si cierta materia se encuentra o no exclusivamente dentro de la jurisdicción de un Estado es esencialmente una pregunta relativa; depende del desarrollo de las relaciones internacionales. Así en el presente estado del derecho internacional... la nacionalidad no está en principio regulada por el derecho internacional, sin embargo, el derecho de un Estado para usar su discreción se encuentra restringido por las obligaciones que tenga hacia otros Estados.⁸³⁵

Expuestas estas contradicciones de la teoría imperante en materia del CEI, pasaremos al análisis exegético de la relación legal que significa el contrato de Estado internacional; en dicho análisis buscamos señalar cómo es que típicamente se integra un contrato de Estado internacional y cómo es que las cláusulas del mismo pueden ser interpretadas coherentemente a la luz de todo lo discutido hasta este momento.

III. LOS OBJETIVOS DEL CONTRATO DE ESTADO INTERNACIONAL

Los contratos de Estado internacionales han sido definidos como instrumentos por medio de los cuales un Estado y un inversionista extranjero coordinan sus relaciones respecto a una inversión,⁸³⁶ debido a ello durante cierto tiempo fueron también llamados “acuerdos de desarrollo económico”,⁸³⁷ concepto y término hoy en desuso, ya que las nuevas teorías sobre contratación internacional consideran que dicha denominación

⁸³⁵ *Nationality Decrees issued in Tunis and Morocco case*, Advisory Opinion, Permanent Court of International Justice, 1923, p. 24.

⁸³⁶ Carlston, Kenneth, *op. cit.*, nota 301, p. 260.

⁸³⁷ McNair, Arnold, “The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations”, *The British Year Book of International Law*, Oxford, 1957, p. 1; Hyde, James, “Economic Development Agreements”, *Recueil des Cours*, vol. I, t. 105, 1962, p. 282.

se enfoca en el propósito de una sola de las partes y descuida el interés del extranjero, preocupado mucho más en la rentabilidad de la empresa que en el desarrollo económico del Estado en cuestión.

Sin embargo, vale rescatar un punto de la definición citada. Característica principal del CEI es la coordinación pactada entre el Estado huésped de la inversión y el inversionista extranjero, coordinación que surge de la interdependencia necesaria para sacar adelante un complejo proyecto de inversión.

Si bien es cierto que todo contrato significa un acuerdo de voluntades, existe una gran diferencia entre las transacciones basadas en la interdependencia y colaboración en proyectos de largo plazo y los acuerdos de tipo finalístico. De esta forma, Faria sostiene que “la conducta precisa requerida por la futura cooperación a largo plazo es imposible que sea especificada de antemano, como tampoco lo pueden ser los deberes con respecto al objeto de esa cooperación”, lo que obliga a las partes a aceptar “una norma vaga y productiva de equidad en la conducta con respecto a sus relaciones”. En las transacciones de largo plazo de naturaleza “cooperativa” no es nada fácil especificar anticipadamente —y de forma precisa y rigurosa, como en el caso de los contratos *discontinuos*— precio, cantidad, calidad o lugar y plazo de entrega, dadas las sucesivas transformaciones tecnológicas y la subsiguiente mutabilidad del mercado. A causa de las constantes alteraciones en los procesos productivos, en los flujos financieros y en los propios elementos constitutivos de los bienes y servicios, también es muy difícil establecer de antemano obligaciones y responsabilidades precisas con relación a un posible incumplimiento de una de las partes contratantes; y es prácticamente imposible conjeturar, estimar o suponer todas las contingencias del futuro o —como en los contratos con *cláusulas abiertas*— especificar previamente los términos de los eventuales ajustes. Esta imposibilidad de reducción de la incertidumbre y de neutralización de los riesgos hasta niveles mínimamente controlables o aceptables induce a las partes a optar por una relación contractual eminentemente flexible. Ante tanto dinamismo, tanta innovación, tantos cambios y tantas contingencias que además afectan no sólo a cada empresa considerada individualmente, sino a toda la cadena productiva de bienes y servicios en que esté situada, lo que se puede hacer para formalizar transacciones complejas, permanentes y continuas es establecer procesos de negociación en los que los términos de intercambio y ajuste

se decidan durante el curso de la actividad productiva y comercial. Surge así la figura de los contratos *relacionales*”.⁸³⁸

De esta forma, los CEI no son contratos suscritos de una vez y para siempre. Dichos contratos no establecen derechos y obligaciones finalísticas, sino procesos y métodos para el desenvolvimiento de la conducta de las partes en la vida del contrato.⁸³⁹ El punto crítico de dichos procesos y métodos es

establecer un equilibrio entre los intereses del Estado contratante [*promover el desarrollo económico y otros objetivos sociales*]... y... los intereses de los operadores extranjeros que comúnmente no son instituciones filantrópicas sino empresas comerciales... estas empresas buscan sobre todo la estabilidad y la seguridad. El problema es definir las técnicas que permitan realizar dicho equilibrio.⁸⁴⁰

Clásico problema de cualquier contrato de largo plazo es el azar moral. En el caso del CEI normalmente no habrá problema si la inversión es improductiva, es casi seguro que sobre empresas en quiebra la disputa entre las partes sea más sencilla de solucionar que si la inversión resulta un éxito; en el último caso el gobierno siempre tendrá la tentación de quedarse con el negocio y sacar a su contraparte del mismo. Para ello, nada mejor que utilizar las facultades soberanas y cambiar, a conveniencia, la *lex contractus* (*grundlegung + consensus*) del CEI. En los hechos esto equivale a la rescisión unilateral del contrato suscrito.

Como en todo contrato de largo plazo, la negociación en el CEI que tiene lugar entre el Estado y el inversionista es compleja. El gobierno, normalmente, requiere llevar a cabo estudios precontractuales, estudios que son parte integral de la planificación a la que el Estado está sujeto y medio para comparar y evaluar diversos proyectos a fin de fijar prioridades nacionales en materia de inversiones.⁸⁴¹

⁸³⁸ Faria, José Eduardo, *op. cit.*, nota 2, pp. 169-170.

⁸³⁹ Kratochwill, Friedrich, “The Limits of Contract”, *European Journal of International Law*, vol. 5, núm. 4, 1994.

⁸⁴⁰ Lalive, Jean-Flavien, *op. cit.*, nota 182, p. 38.

⁸⁴¹ Un primer estudio precontractual es el de oportunidad, en éste se prevén aspectos económicos y técnicos que se generarían de las diversas posibilidades de inversión sin definir los parámetros de un proyecto a detalle. Un estudio posterior es de prefactibilidad, mediante el cual se determinan la viabilidad técnica y financiera del proyecto elegido.

La complejidad mayor de la negociación en el CEI no radica en lo complejo de la inversión, sino en la desigualdad entre la empresa extranjera y el Estado en cuanto a las herramientas de que dispone el último dentro de su sistema legal. Por esta razón se ha dicho que “lo que caracteriza a los contratos internacionales... no es su fin ni su contenido, que pueden variar al infinito, no es tampoco la nacionalidad diferente de las partes, sino la desigualdad jurídica de los contratantes”.⁸⁴²

El CEI es producto de la negociación de los objetivos del Estado y del inversionista. Desarrollo económico para el país y estabilidad económica y seguridad jurídica en las inversiones para los extranjeros. Este equilibrio contractual en los CEI se logra a través de cuatro elementos:⁸⁴³

- a) Elección de una ley aplicable al contrato apropiada para ambas partes.
- b) Inclusión de cláusulas de estabilización en el contrato.
- c) Inclusión de cláusulas de arbitraje internacional.
- d) Establecimiento de sistemas de garantía o seguridad de inversiones.⁸⁴⁴

Este estudio es seguido por un estudio de factibilidad integral en el cual se definen los parámetros de la inversión, por ejemplo, el tamaño de las instalaciones, su localización, el costo estimado, la capacidad de producción y eventualmente las técnicas que se utilizarán. En todos estos estudios lo conveniente para el Estado es que la empresa encargada de llevarlos a cabo no esté dentro del universo de las empresas que podrían suscribir el CEI y así evitar conflictos de intereses.

⁸⁴² Lalive, Jean-Flavien, *op. cit.*, nota 182, p. 31.

⁸⁴³ *Ibidem*, p. 39.

⁸⁴⁴ Estos sistemas de garantías operan tanto para el Estado como para el inversionista. En cuanto a garantías para el Estado tenemos por ejemplo la siguiente garantía preoperativa solicitada por la Comisión Federal de Electricidad de México para el proyecto Mexicali II, en su propuesta de contrato de provisión de la capacidad neta garantizada y la venta de la producción neta de energía asociada, versión de marzo de 2002, cláusula 5.4, garantía preoperativa: Para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones derivadas de este contrato a partir de la fecha de celebración del mismo y hasta la fecha de operación comercial, el productor deberá entregar a la Comisión, simultáneamente a la firma del presente contrato, una carta de crédito incondicional e irrevocable en favor de la Comisión, expedida por un banco de primera clase, aceptable a juicio de la Comisión, por la cantidad establecida en el anexo 5(3) (la “garantía preoperativa”) en la inteligencia de que el productor podrá presentar cartas de crédito emitidas por un banco que no opere legalmente en México, siempre que dicho banco cuente con una calificación de cuando menos ‘A’ de Standard & Poor’s (o cualquier equivalente) y siempre que la Comisión pueda hacer efectiva la garantía preoperativa en México o en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América. En caso de que la garantía preoperativa sea emitida por un banco que no opere legalmente en México, esta deberá ser avisada o notificada por un

El análisis de estos elementos de negociación nos conduce al corazón del CEI y serán estudiados al analizar sus cláusulas.

IV. LAS PARTES

1. *El Estado*

No es objetivo de este trabajo dilucidar sobre lo que en derecho internacional se entiende por Estado,⁸⁴⁵ para nuestros efectos baste apuntar que para que un CEI exista es necesario que una de las partes sea un Estado. En términos más precisos, lo que se requiere para la existencia de un contrato de Estado internacional es que la suscripción del mismo sea atribuible a un Estado.

En la mayoría de los casos, los CEI son suscritos por empresas gubernamentales. La cuestión, en consecuencia, es si la suscripción de un CEI por una empresa gubernamental puede atribuirse al Estado. Las empresas públicas surgen de la necesidad de combinar agilidad y libertad comercial con autoridad pública,⁸⁴⁶ la empresa gubernamental está equipada con personalidad legal y capacidad para suscribir transacciones legales de diversos tipos,⁸⁴⁷ sin perder su responsabilidad pública.

banco que opere legalmente en México. La garantía preoperativa será pagadera a la primera demanda de la Comisión al emisor, y deberá constituirse en la forma y con el contenido indicados en el anexo 9. El productor deberá incrementar el monto de la garantía preoperativa hasta alcanzar el monto establecido en el anexo 5(4) en la fecha de inicio. En caso de ampliación de fechas de eventos críticos conforme a las cláusulas 4.5, 4.6(b), 5.9(b) o 6.3, el productor deberá ampliar la vigencia de cualquier carta de crédito emitida conforme a esta cláusula 5.8 por el período de tal ampliación de tal forma que la garantía preoperativa y las garantías adicionales (de haberlas) se mantengan vigentes por los plazos y montos requeridos. El productor deberá probar fehacientemente la ampliación de la vigencia de las cartas de crédito a la Comisión con por lo menos 30 días de anticipación al vencimiento original de las mismas. El incumplimiento del productor en incrementar el monto o efectuar la ampliación de la vigencia de las cartas de crédito según se establece en este contrato será causa de terminación del contrato, y se estará a lo estipulado en la cláusula 13”.

⁸⁴⁵ Sobre el tema véase a Crawford, James, *op. cit.*, nota 309.

⁸⁴⁶ Friedman, W., *op. cit.*, nota 79, pp. 484 y 485.

⁸⁴⁷ Por ejemplo, el artículo 3o. del Proyecto de Reformas a la Ley Orgánica de la Comisión Federal de Electricidad, organismo público descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propios, presentado a fines de 2002 por el presidente de México al Congreso, señalaba que “tratándose de actos jurídicos de carácter internacional, la Comi-

La problemática es que en momentos difíciles los Estados huéspedes han sugerido que la empresa pública, al ser creada al interior de sus sistemas legales como entes con personalidad y patrimonios propios, no puede trasladar obligaciones al Estado. Dichos esfuerzos han sido la mayoría de las veces infructuosos. Bajo el principio de que un Estado no puede interponer su derecho nacional para incumplir una obligación internacional, los tribunales arbitrales han hecho a un lado las pretensiones de los Estados nacionales de evitar verse responsabilizados por empresas creadas por ellos que suscriben los contratos de Estado internacionales. El problema verdadero no es de concepto sino de evidencia, es importante demostrar ante los tribunales arbitrales el abuso de formas corporativas.

Ejemplo de lo anterior es el *joint venture* de 1993 constituido entre Bridas, empresa argentina, y Kemir, empresa de Turkmenistán, para llevar a cabo operaciones de hidrocarburos por 25 años en el último país. El *joint venture* se constituía por diversos instrumentos, entre ellos un compromiso firmado por Bridas y Turkmenneft, una empresa de Turkmenistán creada por decreto presidencial. Ninguno de los instrumentos del *joint venture* había sido suscrito directamente por el gobierno. En controversia posterior, Turkmenistán alegó ante el tribunal arbitral no tener responsabilidad en virtud de que en su derecho interno la responsabilidad era exclusiva de Kemir. En este caso el tribunal sostuvo que:

El gobierno no era parte del *joint venture* o de cualquier documento, pero llevó a cabo el proceso de consulta, negoció los términos de las cláusulas y fue un agente activo en el manejo de la explotación mercantil... las provisiones del acuerdo de *joint venture* de Kemir contienen obligaciones que solamente el gobierno puede cumplir, tal como tratamiento especial para la exportación y un régimen de impuestos preferentes. Tomadas de forma aislada ninguna de las provisiones sería concluyente para sugerir que fue la intención de las partes que el gobierno estuviera obligado por las provisiones del *joint venture*, pero de manera acumulativa evidencian un involucrimiento de los poderes e intereses del gobierno en la relación contractual.⁸⁴⁸

sión Federal de Electricidad podrá convenir la aplicación de derecho extranjero, la jurisdicción de tribunales extranjeros en asuntos mercantiles y celebrar todo tipo de acuerdos, cuando así lo convengan sus intereses”.

⁸⁴⁸ *Bridas vs. Turkmenistan and others*, case 9058, International Chamber of Commerce, 1999.

Los Estados Unidos han sido tradicionalmente un país exportador de capitales y sus empresas frecuentemente han tenido que lidiar con argumentos que tratan de evitar que un Estado huésped se haga responsable por la suscripción de un CEI por una empresa estatal. Al respecto, y frente a estos problemas, la Ley Norteamericana de Inmunidad del Estado Soberano, de 1976, estableció que un Estado extranjero no es solamente la entidad política soberana, sino sus diversas subdivisiones políticas, agencias o entes jurídicos; en particular dicha Ley señala que resulta atribuible al Estado extranjero un acto jurídico.⁸⁴⁹

- a) Cuando se trata de una persona moral diversa o de una sociedad mercantil.
- b) Constituye un órgano del Estado, o bien es una subdivisión política del mismo, o cuando la mayor parte de las acciones o partes sociales de interés son propiedad del Estado en sí o de alguna de sus subdivisiones políticas.
- c) No es ciudadano de los Estados Unidos de América o no ha sido creado de conformidad con las leyes de un tercer país.

A nivel internacional sirven como ejemplo de qué se considera un Estado huésped los acuerdos que pusieron fin al conflicto entre Irán y Estados Unidos con motivo de la toma de la embajada de los Estados Unidos por el gobierno de Irán después de la caída del Sha. En dichos acuerdos se estableció que Irán o Estados Unidos significaría en el contexto del compromiso para llevar casos ante el Tribunal de Reclamaciones, el gobierno de Irán o Estados Unidos, cualquier subdivisión política del mismo, cualquier agencia, instrumentalizada o entidad controlada por dicho gobierno o subdivisión política del mismo.⁸⁵⁰

En este punto, cabe simplemente remitir la discusión a la sección entre actos de imperio y gestión, y tener en cuenta que lo relevante no es que el Estado mismo esté celebrando el contrato, sino que dicho acto jurídico sea atribuible al primero.

Así, para que un acto de una empresa estatal sea atribuible al Estado el derecho internacional sostiene que las empresas deben ser controladas

⁸⁴⁹ Cruz Miramontes, Rodolfo, *op. cit.*, nota 588, p. 65.

⁸⁵⁰ Artículo VII, párrafos 3 y 4, de la Declaración del Gobierno de la República Popular y Democrática de Argelia referente a la solución de controversias entre el gobierno de los Estados Unidos de América y el gobierno de la República Islámica de Irán, <http://www.iusct.org/index-english.html>.

por el Estado.⁸⁵¹ Es necesario recordar que el derecho internacional reconoce la separación de las entidades corporativas que realizan los derechos nacionales, excepto en aquellos casos donde el “velo corporativo” es una herramienta de engaño o un vehículo para el fraude o la evasión.⁸⁵² Por otra parte, en el derecho internacional, el hecho de que un Estado cree una sociedad no es suficiente para que todos los actos de dicha sociedad sean atribuibles a dicho Estado.⁸⁵³ La conducta de las empresas estatales no será atribuible al Estado a menos que estén ejerciendo elementos de autoridad gubernamental en el sentido de que tomen el lugar de un órgano estatal o bien lleven a cabo funciones públicas o regulatorias y en estos sentidos gubernamentales. Lo que se considera gubernamental “depende de la sociedad particular, su historia y tradiciones. De particular importancia será no sólo el contenido de los poderes, sino la forma en que fueron conferidos a la entidad, los propósitos para los cuales tienen que ser ejercidos y el grado en el cual la entidad es responsable ante el gobierno de su ejercicio”.⁸⁵⁴

2. *Operador extranjero*

Tradicionalmente se ha dicho que el derecho internacional regula las relaciones entre Estados, mientras que el derecho nacional regula la conducta de los individuos, tal generalización peca de parcial.⁸⁵⁵ El objeto de todo sistema legal es regular la conducta humana, y los Estados no tienen conducta. La regulación del comportamiento humano se hace por el derecho a diferentes niveles y mediante las más diversas disposiciones legales. Kelsen observaba que el derecho nacional imponía directamente obligaciones a los seres humanos, mientras que el derecho internacional solamente lo hacía por excepción.⁸⁵⁶ En opinión de Kelsen, el derecho internacional regula conducta humana de manera indirecta, señalando el

⁸⁵¹ Crawford, James, *op. cit.*, nota 361, p. 112.

⁸⁵² *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, second phase, International Court of Justice, 1970, p. 39.

⁸⁵³ *Otis Elevator Co. vs. Islamic Republic of Iran* (1987) 14 Iran-U. S. C. T. R. 283.

⁸⁵⁴ Crawford, James, *op. cit.*, nota 361, p. 101.

⁸⁵⁵ Higgins, Rosalyn, *Problems & Process. International Law and how We Use It*, Oxford, Oxford University Press, 1993. p. 12.

⁸⁵⁶ Una de estas excepciones es la prohibición de piratería y otros crímenes internacionales. Sperduti, Giuseppe, “L’individu et le droit international”, *Recueil des Cours*, vol. II, t. 90, 1956, p. 766.

contenido material de la norma y dejando a los Estados la determinación del contenido personal.⁸⁵⁷ Así, un postulado básico del derecho internacional vatteliano es que el derecho internacional nunca puede alcanzar al individuo sin una previa transformación en el derecho nacional.⁸⁵⁸

La imposición directa de obligaciones a seres humanos por el derecho internacional implica, necesariamente, dotarles de alguna clase de personalidad internacional.⁸⁵⁹ Este reconocimiento a empresas y seres humanos en el derecho internacional se ha dado forzado por la realidad a paso muy moderado⁸⁶⁰ y la mayor parte de las veces frente a fuerte resistencia.⁸⁶¹ El punto de partida siempre ha sido que tanto seres humanos como empresas carecen de toda personalidad legal; la consecuencia lógica es que carecen de capacidad para celebrar compromisos internacionales.

⁸⁵⁷ Sin embargo, “cuanto más aumente la obligación y autorización directa de individuos por el derecho internacional, más tenderá a desaparecer la frontera entre éste y el derecho nacional”. Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 79, p. 124.

⁸⁵⁸ Jiménez de Aréchega, Eduardo, “International Law in the Past Third of a Century”, *Recueil des Cours*, vol. I, t. 159, 1978, p. 172.

⁸⁵⁹ “Los sujetos de derecho en cualquier sistema legal no son necesariamente idénticos en su naturaleza ni en el alcance de sus derechos, todo depende de las necesidades de la comunidad”, *Reparations for injuries suffered in the service of the UN*, Corte Internacional de Justicia, opinión consultiva, 1949. Esta diferencia entre derechos y obligaciones de los miembros de un sistema legal ha sido denominada “geometría variable” del sistema legal. Wellens, K. C., “Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law: some Reflections on Current Trends”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XXV, 1984, pp. 34 y ss.

⁸⁶⁰ Charney, Jonathan, “Transnational Corporations and Developing Public International Law”, *Duke Law Journal*, septiembre de 1983, pp. 748 y ss.; Seidl-Hohenveldern, *op. cit.*, nota 96, pp. 34 y ss.; Kokkini-Iatridou, D & De Waart, P. J. I. M., “Foreign Investment in Developing Countries-Legal Personality of Multinationals in International Law”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XIV, 1983, pp. 87-131.

⁸⁶¹ Bajo el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) el procedimiento *antidumping* es una mezcla que aplica un procedimiento internacional con reglas nacionales e internacionales simultáneamente, también es un híbrido de derecho nacional e internacional que reconoce partes privadas y gubernamentales. Irish Maureen, “NAFTA Chapter 19 and the Judicial Review in Canada”, *Ars Juris. Revista del Instituto de Documentación e Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, núm. 21, septiembre de 1999, p. 191. Para un estudio profundo sobre los mecanismos de solución de controversias referidos véase Cruz Barney, Óscar, *Solución de controversias y antidumping en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, México, Porrúa-UNAM, 2002, p. 288.

Bajo la teoría tradicional, una violación a los compromisos contraídos entre un Estado huésped y un privado extranjero no puede ser analizada por un tribunal internacional por no ser un compromiso internacional el que surge. Así, por ejemplo, en el caso *Anglo Iranian Oil Company*, el Reino Unido sostenía que la concesión otorgada por Persia, materia de la disputa, tenía un doble carácter: por un lado, era un contrato de concesión entre Persia y la *Anglo Iranian Oil Company*, y, por otro lado, podría ser catalogada como un tratado al ser el Reino Unido el accionista mayoritario de la compañía. La Corte Internacional de Justicia no aceptó ese doble carácter y sostuvo que el compromiso “no era más que un contrato de concesión entre un gobierno y una compañía extranjera donde el Reino Unido no era parte del contrato”.⁸⁶²

No obstante lo anterior, se ha reconocido que los Estados pueden convenir entre sí que en un CEI se otorgue a la parte privada derecho de acción ante un tribunal internacional, pues “el derecho internacional no impide a un Estado otorgar a otro el derecho de que sus nacionales recurran directamente a los tribunales arbitrales internacionales para obtener un laudo por motivo de compensación por daño sufrido a ellos como resultado de infracciones al derecho internacional por el primer Estado”.⁸⁶³ La nota que se cita de la Corte Permanente de Justicia Internacional sugiere que un contrato que no es de naturaleza internacional puede incluir una cláusula arbitral que de derecho de acción internacional a un ente no estatal sujeto a que exista una violación internacional.

En una situación como la que se describe, la complementariedad entre sistemas legales es indispensable. La *lex contractus* puede estar regida por cualquier sistema legal; sin embargo, incumplimientos a la *lex contractus* de alguna manera dan lugar a violaciones en el sistema jurídico internacional, mismas que pueden ser reclamadas vía diplomática, y por ello los Estados pueden convenir que sean atendidas por un tribunal internacional. La pregunta que subyace es: ¿de qué forma una violación a una *lex contractus* gobernada por un S_X sistema legal genera una violación al orden jurídico internacional S_I ? ¿Será que la *lex contractus* está conectada a través de la *grundlegung* al derecho internacional?

⁸⁶² *Anglo Iranian Oil Company, United Kingdom vs. Iran*, Jurisdiction, International Court of Justice, 1952.

⁸⁶³ *Certain German Interests in Upper Silesia (Factory of Chorzow case)*, Corte Permanente de Justicia Internacional, Indemnity, 1928, p. 28

¿Qué relación existe entre S_X y S_I ? Estas preguntas serían innecesarias si se reconociera que la *lex contractus* del CEI es regulada directamente por el derecho internacional, es decir S_X es subconjunto de S_I . Ello, por supuesto, conlleva a reconocer cierta personalidad legal internacional a la parte privada extranjera del CEI.

Cabe tener presente que el CEI es el ropaje legal de una inversión. Esta inversión puede canalizarse a través de un solo contrato con una sola empresa o a través de varios contratos con diversas empresas, o un contrato multipartes. Todo depende de las necesidades de la inversión.

Si hablamos de instalaciones industriales, como pueden ser fábricas petroquímicas o terminales termoeléctricas, la fórmula contractual mediante la cual un empresario único está a cargo de ejecutar todas las tareas necesarias para lograr la creación de la terminal o fábrica se denomina “contrato llave en mano”. Dentro de este tipo de contrato puede darse la desventaja de que el empresario se encuentre motivado por ofrecer un precio interesante, pero que se despreocupe de garantizar la operación de la planta en el largo plazo.

El “contrato producto en mano” confiere la responsabilidad al inversionista no solamente de lograr la creación de las instalaciones, sino, también, de transferir los conocimientos técnicos y administrativos para hacer funcionar correctamente la instalación.⁸⁶⁴ Pueden preverse cláusulas especiales donde una vez que la producción esté en manos del Estado, el inversionista privado tenga la obligación de dar mantenimiento y proveer repuestos.

En proyectos muy complejos, técnica o financieramente hablando, quizá lo viable sea involucrar a varias empresas. En este caso y dependiendo del sistema legal se denominan operaciones conjuntas, consorcios, *joint venture* o contratos de asociación.⁸⁶⁵ En lo particular este tipo de contratos cuidan de no crear una personalidad jurídica independiente.⁸⁶⁶

⁸⁶⁴ CNUDCI, *Guide juridique de la commission des nations unies pour le droit commercial international pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles*, Nueva York, CNUDCI, 1988, pp. 14 y ss.

⁸⁶⁵ Artículo 252 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. “La asociación en participación es un contrato por el cual una persona concede a otras que le aportan bienes o servicios una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio”.

⁸⁶⁶ Artículo 253 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. “La asociación en participación no tiene personalidad jurídica ni razón o denominación”.

Muchas veces, el Estado huésped exige a los inversionistas que formen una empresa en dicho país con el fin de facilitar la inversión. En este caso la empresa será responsable de llevar a cabo la creación de la instalación.

En cualquier caso es conveniente establecer, claramente, las responsabilidades y obligaciones de todos y cada uno de los inversionistas que conforman el grupo. Lo clásico es, además, obligar a todos los involucrados conjunta y solidariamente en la ejecución del proyecto. No está demás el establecimiento de garantías de buena ejecución por parte de los miembros del grupo inversor.

Definir si el inversor es extranjero puede no resultar fácil. ¿En el caso de una inversión ejecutada mediante una empresa creada *ad hoc* en el territorio del país huésped, se pierde la calidad de extranjero? Para el caso del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos se estableció que un nacional de Irán o de Estados Unidos, como sea el caso, significaba: *a*) una persona que sea ciudadano de Irán o de los Estados Unidos, y *b*) una sociedad u otra entidad legal que esté organizada bajo las leyes de Irán o Estados Unidos o cualquiera de sus Estados o territorios, el Distrito de Columbia o Puerto Rico, si colectivamente personas que son ciudadanos de dicho país poseen, directa o indirectamente, un interés en tal empresa o entidad equivalente al cincuenta por ciento o más del capital social.⁸⁶⁷

En particular aplica el principio de la continuidad en la nacionalidad. De esta forma, quedó establecido en el compromiso estadounidense-iraní que las demandas de nacionales de Irán o de Estados Unidos, como sea el caso, significarían

... demandas poseídas de manera continua, desde la fecha en la cual la demanda surgió a la fecha en la cual este Acuerdo entra en vigor, por nacionales de dicho Estado, incluyendo demandas poseídas indirectamente por tales nacionales a través de su participación en el capital social u otros intereses de propiedad en personas jurídicas, dado que los intereses de tales nacionales, de forma conjunta, sean suficientes al momento en que surge el reclamo para controlar la empresa u otra entidad o la entidad y siempre que ésta última no pueda en sí misma demandar en los términos de este Acuerdo.⁸⁶⁸

⁸⁶⁷ Artículo VII, párrafo 1, de la Declaración del Gobierno de la República Popular y Democrática de Argelia referente a la solución de controversias entre el gobierno de los Estados Unidos de América y el gobierno de la República Islámica de Irán, <http://www.iusct.org/index-english.html>.

⁸⁶⁸ Artículo VII, párrafo 2, *ibidem*.

V. NORMA CONVENCIONAL. ESTRUCTURA DEL CONTRATO ESTATAL, PRINCIPIOS Y CLÁUSULAS

1. *Principio de autonomía de la voluntad*

El CEI y el derecho comercial internacional descansan en un sistema legal más general. Evidencia de este *grundlegun* es el gran número de principios que complementan la voluntad de las partes, y que operan con independencia de que hayan sido expresadas en la norma convencional. Entre dichos principios encontramos *pacta sunt servanda*, buena fe, trato justo, usos y prácticas del comercio, autonomía de la voluntad.

Los CEI son contratos comerciales internacionales, como tales el derecho internacional reconoce a las partes que los celebran libertad para contratar y determinar el contenido del mismo.⁸⁶⁹ Este principio merece los siguientes comentarios:

A. *Lo comercial*

En los países de tradición romana se distingue entre contratos comerciales y aquellos que no lo son. En términos amplios, lo comercial depende de la naturaleza de las partes y está restringido a una lista de actividades determinadas por ley.⁸⁷⁰ Cabe señalar que en muchos países el arbitraje solamente está permitido respecto de contratos comerciales. A nivel internacional y desde los Protocolos de Ginebra sobre Cláusulas Arbitrales de 1923, los Estados reconocen los arbitrajes “relacionados a la materia mercantil o cualquier otra”. No obstante lo anterior, a cada Estado se le ha reconocido internacionalmente la facultad de limitar su obligación de reconocer arbitrajes a contratos que sean considerados comerciales bajo su derecho nacional, ésta es la llamada reserva comercial que aparece en la Convención de Nueva York.⁸⁷¹

⁸⁶⁹ Artículo 1.1. Los principios de los contratos comerciales internacionales de Unidroit, 1994.

⁸⁷⁰ Artículo 75 del Código de Comercio, México, 1889.

⁸⁷¹ Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, 1958, artículo 1.3. “En el momento de firmar o de ratificar la presente Convención, de adherirse a ella o de hacer la notificación de su extensión prevista en el artículo 10, todo Estado podrá... declarar que sólo aplicará la Convención a los litigios sur-

El adjetivo comercial en los CEI implica el reconocimiento de la distinción entre actos *iure gestionis* y *iure imperi*, y, por tanto, la posibilidad de que el Estado suscriba contratos comerciales. Una característica importante del CEI es precisamente que es arbitrable.

Lo comercial debe entenderse en un sentido amplio; al respecto, Unidroit sostiene que el término abarca la oferta y el intercambio de bienes y servicios, así como otro tipo de transacciones económicas, como son los contratos por servicios profesionales y los acuerdos de inversión y concesión estatales.⁸⁷²

Un punto es relevante. En los CEI el binomio *iure gestionis-iure imperi* se conjuga constantemente. Un CEI es, a la vez, comercial y gubernamental, gubernamental en el sentido que se señaló en la parte correspondiente a la atribuibilidad del CEI al Estado.

B. *Lo internacional*

Al término internacional en el CEI también debe dársele la más amplia interpretación posible. Más allá de las relaciones entre Estados, o más allá de las relaciones entre privados de distinta nacionalidad, el término internacional se aplica a contratos donde los elementos relevantes del mismo no están conectados a un país únicamente, es decir, un contrato donde más de un sistema legal nacional tenga intervención,⁸⁷³ o en palabras de Goldschmidt, donde la norma trascienda un sistema legal en particular.⁸⁷⁴ En términos de la teoría conflictual, un CEI siempre dará lugar

gidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su derecho interno”.

872 “Preámbulo”, Declaración del Gobierno de la República Popular y Democrática de Argelia..., *cit.*, nota 867.

873 El criterio de internacionalidad clásico en la teoría francesa es el del doble flujo de los valores, teoría que se basaba en la idea de que entre dos países el valor de una mercancía pasaba de un país al otro y la exportación de un valor destinado a saldar dicho precio. *Cfr.* Maalouli, Tony, *La notion du contrat international*, <http://www.dm.net.lb/tmalouli/practice/contint.html>, 1996; Contreras Vaca, Francisco, “Análisis de la convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales”, *Ars Juris. Revista del Instituto de Documentación e Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, núm. 21, septiembre de 1999, p. 7.

874 Goldschmidt, Werner, “Transactions between States and Public Firms and Foreign Private Firms (a Methodological Study)”, *Recueil des Cours*, vol. II, t. 136, 1972, p. 216.

a un conflicto de leyes, es decir, a una situación en la cual dos o más jurisdicciones tienen algún tipo de contacto.⁸⁷⁵

C. Libertad e igualdad

Un órgano de un sistema legal es aquel ente que lleva a cabo una función (deber, facultad, potestad) prevista por dicho sistema.⁸⁷⁶ Los órganos del orden jurídico, al ejecutar las funciones que tienen asignadas, dan vida al sistema legal. Los órganos del sistema jurídico, al llevar a cabo las funciones encomendadas por el sistema, necesariamente, identifican las disposiciones legales que les dan competencia, y localizan y seleccionan aquellas disposiciones jurídicas que aplican. Las partes del CEI, al identificar las disposiciones legales que les dan competencia para crear la norma internacional contractual y aplicarla actúan como órganos de un sistema legal, el sistema legal internacional.

Los órganos que crean la norma del CEI, como cualquier órgano que crea una norma, lo hacen en el marco de las competencias (libertad) reconocidas por el *grundlegung* (sistema legal). Este es el alcance del principio de la autonomía de la voluntad, que sólo opera en el proceso de creación de la norma, libertad que desaparece cuando la norma convencional ha sido creada, pues no está en el querer de los vinculados por la norma obedecerle o no.

Las partes en el CEI se suponen iguales y libres. Libertad e igualdad entre las partes son supuestos jurídicos, no realidades fenomenales. Dichos supuestos han sido criticados por no verificarse en la realidad. En particular el ataque ha sido contra la libertad e igualdad negocial. En el caso del CEI es claro que en los hechos no existe igualdad negocial entre un inversionista extranjero y los poderes soberanos de un Estado. ¿Cuáles son los efectos de la diferencia entre el supuesto nouménico de igualdad negocial y la realidad fenoménica de desigualdad de partes? Utilizando la distinción de Ferrajoli podemos decir que el CEI es una norma hipotética; esto es, una norma que genera un estado jurídico como efecto de la aplicación de una norma secundaria que regula su crea-

⁸⁷⁵ Siegel, David, *Conflicts*, 2a. ed., Massachussets, West Publishing, 2003, p.1.

⁸⁷⁶ García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 97, p. 186.

ción, es decir, como aplicación de una hipótesis. Las normas hipotéticas, en este caso, la norma CEI genera desigualdades y exclusión entre los miembros del sistema jurídico, desigualdad que es resultado inevitable del principio de autonomía negocial.⁸⁷⁷

2. Pacta sunt servanda

Quizá el principio más importante de los CEI sea *pacta sunt servanda*,⁸⁷⁸ que implica que un contrato:

- I) Es obligatorio entre las partes, y
- II) Sólo puede ser modificado por
 - a. acuerdo entre las partes, o
 - b. una norma de mayor jerarquía dentro del *grundlegung*.

Pacta sunt servanda no es una disposición legal que nace con la norma convencional ni que se presenta solamente *vis-à-vis* las partes contratantes, de manera sinalagmática, *erga singulum*, sino que es una obligación *erga omnes* impuesta por la comunidad jurídica, el sistema jurídico, el *grundlegung*, al que pertenecen las partes contratantes.⁸⁷⁹

El principio *pacta sunt servanda* es precisamente lo que hace al CEI una norma jurídica, una disposición legal, cuyo cumplimiento no es optativo. La teoría jurídica ha observado que donde se encuentra el fenómeno llamado “derecho” la conducta humana se lleva a cabo de manera no opcional. La obligatoriedad de los contratos es, por tanto, una consecuencia directa de la obligatoriedad del derecho.⁸⁸⁰

El principio *pacta sunt servanda* priva aun sobre el incumplimiento simultáneo de las dos partes vinculadas por la norma, de forma que dicha

⁸⁷⁷ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 19, pp. 156, 164 y 165.

⁸⁷⁸ *Mavromatis Concession Case, Grecia vs. Reino Unido*, 26 de marzo de 1925, juicio núm. 5, Merits, p. 48.

⁸⁷⁹ Basdevant, Jules, “Règles générales du droit de la paix”, *Recueil des Cours*, 58, IV, 1936, p. 643.

⁸⁸⁰ *Pacta sunt servanda* se ha dicho que aplica tanto para “contratos entre Estados como contratos entre Estados y compañías privadas... [ya que uno considere a los últimos] como acuerdos quasi-internacionales o que uno les adscriba otro carácter, el principio de la santificación de los contratos debe siempre ser aplicado”. Wehberg, Hans, “Pacta sunt servanda”, *American Journal of International Law*, vol. 53, Issue 4, octubre de 1959, p. 786.

inobservancia simultánea “no lleva a... [*la norma convenida*]... a su fin ni justifica su terminación”.⁸⁸¹

Una conclusión importante del principio de incorporación de normas a los sistemas legales explicado más arriba es que *pacta sunt servanda* aplica no solamente a contratos creados conforme al sistema legal *S*, sino también a contratos reconocidos por dicho sistema legal.⁸⁸²

La regla general es que la norma convencional es obligatoria, en principio, solamente a las partes que intervinieron en el proceso de su creación, *res inter alios acta*.⁸⁸³ Mediante el procedimiento convencional las partes contratantes generan una norma primaria que establece deberes jurídicos entre las mismas y las vincula mediante un *nexum*. El órgano del sistema legal que crea la norma convencional cumple una función de legislador y crea normas vinculantes para los integrantes de dicho legislador.

No obstante, el principio *res inter alios acta* debe ser redimensionado. En normas convencionales lo común es que éstas sean de aplicación *inter pares*, pero ello no excluye que terceros a los contratantes se encuentren obligados por la norma convencional, una norma convencional puede ser oponible a sujetos que no intervinieron en su creación. La característica de la oponibilidad *inter pares* u oponibilidad general, la característica de *erga singulum* o *erga omnes*, no nace de la voluntad de las partes, no se pacta, sino que la establece la *grundlegung*, la impone la ley como característica del derecho creado. Para algunos estudiosos, el hecho de la oponibilidad *erga omnes*, aparece como una contradicción a la naturaleza de la convención, sin embargo, esto no es más que evidencia de que la norma convencional no puede ser entendida por sí misma, aislada del sistema jurídico de base al que pertenece.

En efecto, un contrato no es un sistema jurídico contenido en sí mismo. Aun el contrato más detallado deriva su validez de un sistema jurídico. El sistema jurídico de base, *grundlegun*, establece diversas disposiciones de carácter obligatorio que no puede derogar la voluntad convencional.

⁸⁸¹ *Case concerning the Gabcikovo Nagymaros project*, Hungary/Slovakia, Corte Internacional de Justicia, 1997.

⁸⁸² Al respecto, por ejemplo, el artículo 250 de la Ley General de Sociedades Mercantiles de México establece que “Las sociedades extranjeras legalmente constituidas tienen personalidad jurídica en la República”.

⁸⁸³ “Un tratado solamente crea derecho entre los Estados que son parte del mismo; en caso de duda, ningún derecho puede ser deducido de éste a favor de terceros Estados”, *Factory of Chorzow Case, Alemania vs. Polonia*, 25 de mayo de 1926, juicio 7, Merits, p. 29.

En el derecho internacional privado la discusión de normas obligatorias inderogables en un contrato celebrado entre personas de distinta nacionalidad se soluciona conectando al contrato con un sistema legal en particular, ya sea aplicando la regla de la conexión más cercana⁸⁸⁴ o la de la prestación característica.⁸⁸⁵ El dogma soberano hace más difícil la solución cuando se trata de un CEI; es decir, cuando los contratantes son un Estado y un inversionista extranjero que han pretendido no someter el contrato a legislación nacional alguna; en este caso, no es un derecho nacional en particular el que debe prevalecer, sino el derecho internacional general. Una de las normas inderogables del derecho internacional general es precisamente el principio *pacta sunt servanda*.⁸⁸⁶

Cabe señalar que existen fuertes críticas al principio de *pacta sunt servanda* en el CEI. En particular se dice que es inaplicable debido a que el poder de negociación entre los contratantes del CEI es desigual y, por lo tanto, no puede exigirse la aplicación estricta del principio, sino que se ha sugerido apliquen principios parecidos a los contratos administrativos donde el Estado tiene poderes especiales. Así, respecto de *pacta sunt servanda* se ha dicho que:

Lo vacío de la pretensión de que las transacciones de los poderes coloniales con jefes iletrados sean libremente negociadas entre partes de igual fortaleza de negociación es evidente. Aún la variante moderna de estas transacciones, los acuerdos de inversión entre el gobierno de un país en

884 Para una crítica a dicha regla véase Juenger, Friedrich, K., “El derecho aplicable a los contratos internacionales”, *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 23, 1994, pp. 50 y ss.

885 El artículo 7o. de la Convención de la Comunidad Europea sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, suscrita en Roma, en 1980, señala que “cuando aplicando las leyes de un Estado, deba darse efecto a las normas obligatorias de otro Estado con el cual la situación guarde una conexión cercana, estas últimas normas deberán aplicarse no importando cual sea la ley que rija el contrato”.

886 Otra norma no derogable por la contratación comercial internacional es la dispuesta en el artículo VIII (2) (b) del Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional, referente a regulaciones de tipo de cambio, que a la letra señala: “Los contratos de cambio que comprendan la moneda de un país miembro y que sean contrarios a las disposiciones de control de cambios mantenidas o impuestas por dicho país miembro de conformidad con este Convenio serán inexigibles en los territorios de cualquier país miembro...”.

desarrollo y una empresa multinacional, no puede ser verdaderamente descrita como una transacción basada en la libre voluntad de las partes con igual poder de negociación debido a la superioridad de las herramientas negociadoras, conocimiento y posición favorable en la cual la empresa multinacional se encuentra al comienzo de la relación... Un acuerdo de inversión de largo plazo que establece de manera detallada la relación entre un gobierno y una empresa respecto del desarrollo y comercialización de un recurso natural y que especifica todos los acuerdos fiscales relevantes es todo menos un contrato privado... los gobiernos de los países menos desarrollados muy apropiadamente consideran estos acuerdos como instrumentos de política pública, herramienta en sus estrategias de desarrollo, difícilmente distinguible de un plan de desarrollo económico... en corto, estos acuerdos caen más en el dominio del derecho público [estatal] que en la esfera del contrato privado [*internacional*].⁸⁸⁷

Sobre el particular, nuestra opinión es que el principio de *pacta sunt servanda* debe ser atendido en todo convenio. La desigualdad contractual, efectivamente, es consecuencia de la naturaleza tética de la norma convencional y siempre será fuente de desigualdades. El problema debe atacarse no negando el principio *pacta sunt servanda*, sino incorporando cláusulas de revisión y renegociación en el CEI, tema que se tratará un poco más adelante.

3. Principio de usos y prácticas

Otro principio que regula la contratación comercial internacional es el de usos y prácticas, el cual, simplemente, significa que las partes de una norma convencional, a falta de disposición expresa en contrario, están vinculadas a observar las prácticas y usos del sector comercial respectivo.⁸⁸⁸ Ahora bien, se requiere que dichos usos y prácticas sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el sector co-

⁸⁸⁷ Asante, Samuel, "Stability of Contractual Relations in the Transnational Investment Process", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 28, julio de 1979, p. 403.

⁸⁸⁸ Declaración del Gobierno de la República Popular y Democrática de Argelia..., *cit.*, nota 867, artículo 1.8. Al respecto, véase, también, Bonell, Michael Joachim, "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. Nature, Purposes and First Experiences in Practice", <http://www.unidroit.org/english/principles/pr-exper.html>.

mercial de mérito. El principio de usos y prácticas es aplicable excepto cuando dicha aplicación sea no razonable.⁸⁸⁹

889 El proyecto de contrato de compromiso de capacidad de generación de energía eléctrica y compraventa de energía eléctrica asociada, Proyecto CC Mexicali II, de la Comisión Federal de Electricidad, versión del 14 de marzo de 2002, establece en sus definiciones lo siguiente: “«Prácticas prudentes de la industria» significa aquellas prácticas, métodos, técnicas y estándares, tal como los mismos puedan ser modificados a lo largo del tiempo y que (a) son generalmente aceptados en la industria de la generación de energía eléctrica en México y, en su caso, en el país de origen del representante común del licitante promotor de la Propuesta, para su uso en la ingeniería de las instalaciones para generar energía eléctrica, así como aquellas operaciones para el diseño, la realización de la ingeniería necesaria, la construcción, la realización de pruebas, la operación y el mantenimiento de equipos de manera legal, segura, eficiente y económica, y (b) que se encuentran en conformidad en todos sus aspectos relevantes, con los lineamientos de operación y mantenimiento del fabricante, en cada caso, tal y como sea aplicable al equipo en cuestión, teniendo en cuenta su tamaño, servicio y tipo. Las prácticas prudentes de la industria no se limitan a la práctica o método óptimo, con exclusión de las demás, sino que se refieren a las prácticas y métodos comunes y razonablemente usados. Las partes convienen que cuando existiere discrepancia entre las prácticas prudentes de la industria del país de origen del representante común del licitante promotor de la Propuesta y las prácticas prudentes de la industria en México, éstas últimas prevalecerán sobre las anteriores”. De igual forma, el inciso c de la cláusula 5.1 establece como obligación del productor “Diseñar las Instalaciones y cumplir con (I) las especificaciones contractuales, (II) las prácticas prudentes de la industria, (III) las leyes aplicables, (IV) los documentos de la licitación, (V) todos los requisitos necesarios para mantener las garantías otorgadas por los proveedores de materiales y equipos principales, (VI) el sistema de aseguramiento de calidad (VII) el sistema de administración ambiental y (VIII) las fechas de eventos críticos”. Las prácticas prudentes rigen en general toda la vida del contrato, desde estudios, pruebas, mantenimiento, despacho de energía, compromisos con terceros, y una muy importante de no responsabilidad del productor en el supuesto de cambio en la ley aplicable establecida en la cláusula 17.6 que reza: “No responsabilidad del productor. Para los efectos previstos en ésta Cláusula 17, el Productor no será responsable por falta de cumplimiento de cualesquiera de sus obligaciones derivadas del Contrato en la medida y por el tiempo en que dicho cumplimiento no fuese posible como resultado de actos que el Productor necesariamente deba adoptar a fin de cumplir con un Cambio en la Ley, en el entendido de que el Productor deberá efectuar sus mejores esfuerzos y actuar con la debida diligencia para, en cuanto sea posible, concluir las acciones requeridas de acuerdo con las prácticas prudentes de la industria para cumplir con un cambio en la Ley”. La convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, del 17 de marzo de 1994, señala en su artículo 10 respecto del derecho aplicable que “... se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto”. Cabe señalar que México hizo una reserva en el sentido de que la Convención no es aplicable al CEI.

4. Buena fe y trato justo

En el derecho internacional general, el principio *pacta sunt servanda* se integra por dos elementos: obligatoriedad de la norma convencional, y ejecución de buena fe.⁸⁹⁰ El primer elemento, la obligatoriedad de la norma creada, ya ha sido explicado. El segundo elemento cobra importancia especial en el derecho de la contratación comercial internacional y de hecho es tratado la mayor de las veces en sus propios méritos, alejado del principio de la obligatoriedad de la norma.

El principio de buena fe va de la mano con otro principio: el de trato justo; estos dos umbrales son rectores en la contratación comercial internacional y cobran especial importancia en los CEI debido a que este tipo de contrato es de largo plazo. Bajo buena fe y trato justo se espera que cada parte, aun en ausencia de provisiones especiales, actúe en el proceso de negociación y a lo largo de la vida del contrato persiguiendo la buena fe y la justicia.

Si bien es cierto que las partes son libres para decidir cuándo y con quién negociar un contrato y cómo y por cuánto tiempo deben proceder en sus esfuerzos para alcanzar un acuerdo, esta libertad se encuentra limitada. Las partes no pueden romper negociaciones abruptamente y sin justificación.

Otra aplicación de dichos principios tiene lugar con motivo de que las contrapartes conozcan, durante las negociaciones, información comercial confidencial. La parte que tuvo acceso a la misma, por el principio de buena fe y trato justo, aunque no llegue a concluir el contrato, se encuentra obligada a no revelar información a la que tuvo acceso.⁸⁹¹

Ahora bien, durante la vida del contrato estos principios tienen especial importancia y sin ellos sería imposible alcanzar el fin y cumplimiento del mismo, pues “el principio de buena fe obliga a las partes a ejecutar sus compromisos de una manera razonable de forma que el propósito pueda ser alcanzado”.⁸⁹² De esta forma, “una expropiación, cuyo único propósito haya sido evadir obligaciones contractuales de un Estado, no

⁸⁹⁰ Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, 1969, artículo 26.

⁸⁹¹ Declaración del Gobierno de la República Popular y Democrática de Argelia..., *cit.*, nota 867, artículo 2.15.

⁸⁹² *Case concerning the Gabčíkovo Nagymaros project*, Hungary/Slovakia, ICJ, 1997.

puede ser considerada legal en derecho internacional. Tal expropiación claramente sería contraria al principio de buena fe”.⁸⁹³

Buena fe y trato justo deben ser interpretados también a la luz de las condiciones especiales del comercio internacional de que se trate, los términos de la práctica comercial varían considerablemente de un sector económico a otro, y aun en el mismo sector los términos pueden ser menos o más exigentes dependiendo de las condiciones socioeconómicas de los contratantes, su capacidad económica, su tamaño, capacidad técnica, entre otras variables.

Los principios de buena fe y trato justo son tan importantes en los contratos comerciales internacionales que pueden ser catalogados como normas fundamentales del *grundlegun* internacional, no derogables y obligatorios para las partes contratantes.⁸⁹⁴

Una aplicación clásica del principio de trato justo en los contratos comerciales internacionales tiene lugar en la teoría de la excesiva desproporción (*gross disparity*).⁸⁹⁵ La excesiva desproporción permite a la parte aventajada solicitar la anulación de un contrato donde existe una gran disparidad entre sus obligaciones y las de su contraparte.⁸⁹⁶ A diferencia del *hardship*,⁸⁹⁷ que veremos más adelante, el desequilibrio en obligaciones contractuales de la ventaja excesiva se da desde el momento de la creación de la norma contractual y no en el desarrollo del contrato mismo.

La ventaja excesiva por sí misma no hace inválido un contrato, sino que da a la parte afectada un derecho procesal para reclamar la invalidez del mismo. El punto crítico de la ventaja excesiva es el cálculo de la injusticia, pues dicha valoración puede resultar muy subjetiva; Unidroit señala que el desequilibrio debe ser de tal magnitud que altere la conciencia de una persona razonable. Muchas veces la ventaja excesiva tiene lugar con motivo de urgencia, ignorancia o inexperiencia de la contraparte. En otras ocasiones, la ventaja excesiva se deriva de la naturaleza del contrato y de las condiciones de contratación; por ejemplo, existiría ven-

⁸⁹³ *Amoco International Finance Corp vs. Iran*, 1987, *US vs. Iran*, Iran US CTR.

⁸⁹⁴ Declaración del Gobierno de la República Popular y Democrática de Argelia..., *cit.*, nota 867, artículo 1.7.

⁸⁹⁵ *Ibidem*, artículo 3.19.

⁸⁹⁶ El principio de excesiva desproporción tiene consecuencias parecidas a lo que en nuestro sistema legal se conoce como lesión. Adame, Jorge, *op. cit.*, nota 326, p. 36.

⁸⁹⁷ *Hardship* se traduce en el foro como “situación difícil”.

taja excesiva en un contrato de compra de maquinaria que incluyera en una cláusula el término de un día para poder reclamar defectos de funcionamiento. En un caso como éste se trataría también de una violación al principio de trato justo por estar la cláusula fuera de los límites del comercio razonable.⁸⁹⁸

El principal corolario de los principios de buena fe y trato justo en el cumplimiento de las obligaciones contractuales es que dichas obligaciones no se limitan a las expresamente estipuladas en las cláusulas del contrato, sino que existen otras tantas obligaciones implícitas. Desde este punto de vista todo principio es un límite a la libertad contractual de las partes.⁸⁹⁹ Por otro lado, cabe subrayar que estos principios por sí solos no generan obligaciones. “La buena fe es un principio bien establecido del derecho internacional que rige la creación y ejecución de obligaciones legales, pero en sí mismo no es una fuente de obligaciones donde ninguna existe previamente”,⁹⁰⁰ es decir, la buena fe, requiere para operar de obligaciones y derechos previos a ser ejercidos en buena fe. De esta forma, la buena fe está relacionada con el ejercicio de derechos y libertades sin llegar a constituir un abuso.⁹⁰¹

Con base en los principios de buena fe y trato justo, el *Unidroit* ha señalado que “un contrato no es meramente un punto de encuentro de intereses en conflicto, sino hasta cierto sentido, debe ser visto como un proyecto común en el cual cada parte debe cooperar”.⁹⁰² La Corte Internacional de Justicia, por su parte, ha sostenido que “un principio básico

⁸⁹⁸ Declaración del Gobierno de la República Popular y Democrática de Argelia..., *cit.*, nota 867, artículo 3.10.

⁸⁹⁹ Lookofsky, Joseph, “The Limits of Commercial Contract Freedom: Under the *Unidroit Restatement*’ and Danish Law”, *American Journal of Comparative Law*, núm. 46, 1998, pp. 485-508, esp. p. 494.

⁹⁰⁰ *Case concerning the land and maritime boundary between Cameroon and Nigeria, Cameroon vs. Nigeria*, Preliminary objections, Interim measures, International Court of Justice, 1996, § 39.

⁹⁰¹ El principio de no abuso de derechos ha sido reconocido en el derecho internacional desde hace tiempo y ha sido incorporado al artículo 300 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982. El mismo principio ha sido referido por diversos tribunales arbitrales como es el caso del *Southern Bluefin Tuna Case, Australia vs. Japan; New Zealand vs. Japan*; jurisdiction and admissibility, Arbitral Tribunal, UNCLOS, 2000, p. 64.

⁹⁰² Declaración del Gobierno de la República Popular y Democrática de Argelia..., *cit.*, nota 867, comentario al artículo 5.3.

que gobierna la creación y ejecución de las obligaciones legales, cualquiera que sea su origen, es la buena fe. Confianza y seguridad son inherentes a la cooperación internacional”.⁹⁰³

Buena fe y trato justo son aplicables dependiendo de la naturaleza de la obligación a cumplir. El grado de diligencia requerido en la ejecución de una obligación varía dependiendo de la naturaleza de la obligación respectiva. En este respecto es necesario distinguir entre deberes de alcanzar un resultado específico y deberes de hacer los mejores esfuerzos; en el primer caso, el deber de obtener un resultado específico, *ceteris paribus*, siempre resulta más oneroso que el deber de hacer los mejores esfuerzos para alcanzar el resultado.

5. Principio de independencia de las cláusulas

Otro principio del derecho internacional general que da vida a los compromisos del CEI y a la contratación comercial internacional es el de separabilidad o independencia de las cláusulas de un contrato. El principio básicamente establece que si una cláusula del contrato resulta nula, dicha nulidad no afecta al resto del convenio, salvo que en las circunstancias sea irrazonable mantenerlo vivo del todo.

De hecho, en casos en que un contrato sea declarado totalmente nulo, existen ciertas cláusulas que sobreviven. Dichas cláusulas son las de arbitraje, jurisdicción y elección de los integrantes del tribunal arbitral. La pregunta que los tratadistas han hecho respecto a este punto es ¿cómo puede ser que si en un compromiso entre dos partes, el mismo resulta nulo, cierta parte de dicho compromiso siga siendo válida?

Una explicación ha sido entender que existen compromisos separados. Uno de dichos compromisos refiere a las obligaciones de las partes en cuanto al negocio que les interesa y otros compromisos refieren a contratos colaterales al negocio que contienen diversas obligaciones como la de solucionar disputas por medio de arbitraje que puedan surgir de la relación contractual.⁹⁰⁴

Otra explicación de la independencia de las cláusulas es el propósito que tiene cada uno de los compromisos. Así, se ha dicho que no obstante

⁹⁰³ *Nuclear Test Cases, Australia vs. France; New Zealand vs. France*, 1973, interim measures, Corte Internacional de Justicia.

⁹⁰⁴ Redfern, Alan y Hunter Martin, *op. cit.*, nota 545, p. 154.

que un contrato llegue a su término, éste “sobrevive para el propósito de los reclamos que surgen del incumplimiento y la cláusula arbitral sobrevive para determinar el modo de su solución. Los propósitos del contrato no se han alcanzado, pero la cláusula arbitral no es uno de los propósitos del contrato”.⁹⁰⁵

Creemos que la mejor forma de explicar el principio de la separabilidad de las cláusulas de un contrato es por la existencia de un *grundlegun*, es decir, la independencia entre cláusulas se deriva de que toda norma contractual está inscrita en un sistema jurídico. Esto es, si existiera una norma contractual fuera de todo sistema legal, por sí misma, la nulidad del contrato necesariamente implicaría la nulidad de la cláusula arbitral, por ejemplo. Sin embargo, como la norma contractual tiene por fuerza que estar inscrita en un sistema legal, existen ciertas disposiciones de la llamada norma convencional que deben sobrevivir más allá de la voluntad de las partes.

La existencia de un *grundlegun* tiene otras consecuencias importantes aparte de la autonomía de las cláusulas entre sí; una de dichas consecuencias es el poder de cualquier tribunal arbitral para decidir sobre su propia jurisdicción.⁹⁰⁶ Los principios Kompetenz-Kompetenz y autonomía de la cláusula arbitral están, por tanto, íntimamente relacionados.⁹⁰⁷

6. Hardship

Pacta sunt servanda implica que la ejecución de las obligaciones contenidas en los CEI debe llevarse a cabo siempre que sea materialmente posible cumplirlas y sin importar la carga que se haya impuesto a la parte ejecutante. En otras palabras, si la parte obligada experimenta pesadas pérdidas en vez de los beneficios esperados, los términos del contrato deben ser respetados.

⁹⁰⁵ Lord MacMillan, *Herman vs. Darwins Ltd.* [1942] A. C. 356, en 374.

⁹⁰⁶ *Prosecutor vs. Dusko Tadic AKA Dule*, *op. cit.*, nota 83. “The principle «competence de la competence» is inherent jurisdiction to any judicial or arbitral tribunal, and consists of its jurisdiction to determine its own jurisdiction, it had not to be provided in the constitutive document”.

⁹⁰⁷ Grigera Naón, Horacio “Choice of Law Problems in International Commercial Arbitration”, *Recueil des Cours*, t. 289, 2001, p. 40; Broches, Aron, “The 1985 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: an Exercise in International Legislation”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XVIII, 1987, p. 31.

En secciones precedentes analizamos la excepción *rebus sic stantibus* al principio *pacta sunt servanda*. Vimos que *rebus sic stantibus* es una excepción a la obligatoriedad de los contratos reconocida por el derecho internacional. Vimos también que existen otras excepciones a *pacta sunt servanda* en los sistemas legales y que estas excepciones cobran muchas formas: *rebus sic stantibus*, *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, imprevisión, *excesiva onerosità sopravvenuta*, entre otros.

No obstante la multiplicidad de excepciones a *pacta sunt servanda* en el derecho comercial internacional, la excepción clásica es una institución heredada del derecho anglosajón conocida como *hardship*, o cláusula de adaptación por situaciones difíciles.⁹⁰⁸

Hardship debe distinguirse de *rebus sic stantibus*. En el segundo caso se trata de que ciertas circunstancias que fueron esenciales para la existencia del *consensus* desaparecen, de forma que no es posible sostener más la existencia de aquél. En el supuesto de *hardship*, no se trata de desaparición de circunstancias que eliminan el *consensus*, sino de un cambio en circunstancias, previstas o no, que llevan a un desequilibrio en las obligaciones contractuales. De esta forma, cuando circunstancias supervenientes a la celebración del convenio llevan a una alteración fundamental del equilibrio contractual surge *hardship*. En *rebus sic stantibus* se trata de un cambio en la naturaleza de las circunstancias, en *harship*, de la magnitud.

Si bien los contratos se firman justamente por si las circunstancias cambian, el *hardship* es una cláusula que opera cuando las circunstancias cambian más allá de cierto umbral. *Pacta sunt servanda* opera aun cuando las circunstancias hayan variado, pero si dicho cambio es de tal magnitud que el equilibrio contractual se rompe de manera fundamental, tiene lugar *hardship*.

El que una alteración sea de tal magnitud que lleve a un desequilibrio fundamental depende del caso concreto. Para poner el umbral en algún lado, el Unidroit ha dicho que una alteración que llegue al 50% o más del costo o valor de la ejecución de la obligación es probable que constituya una alteración fundamental.⁹⁰⁹

En principio una alteración fundamental en el equilibrio contractual puede manifestarse de dos formas que constituyen las caras de una misma

⁹⁰⁸ CNUDCI, *op. cit.*, nota 864, pp. 253 y ss.

⁹⁰⁹ Declaración del Gobierno de la República Popular y Democrática de Argelia..., *cit.*, nota 867, comentario al artículo 6.2.1.

moneda. Por un lado, puede significar el incremento sustancial en el costo que una de las partes debe soportar al llevar a cabo el cumplimiento de sus obligaciones contractuales; por otro lado, puede significar un decremento significativo en el valor de lo que recibe la parte que debe ejecutar la obligación. En cualquier caso, lo más conveniente es que los incrementos de costos o decrementos de valor sean tasados objetivamente.

En algunos CEI se dispone abiertamente de una cláusula que busca mantener el equilibrio financiero mediante la remuneración justa del concesionario manteniendo tasas internas de retorno constantes y para ello conviniendo en realizar los ajustes necesarios en las demás variables, como pueden ser las tarifas cobradas.⁹¹⁰

A diferencia de la desventaja excesiva, *hardship* tiene lugar a lo largo de la vida del contrato, después de que se suscribió, y, por lo tanto, solamente tiene lugar, como *rebus sic stantibus*, en normas convencionales cuyo cumplimiento no es instantáneo. Lo más probable es que la aparición de *hardship* se dé gradualmente, a lo largo de un periodo de tiempo.

Hardship sólo tiene lugar por eventos que van más allá del control de la parte en desventaja. Si los cambios que llevaron al desequilibrio contractual pudieron haber sido razonablemente previstos, entonces, no puede hablarse de *hardship*. De igual forma, si la parte en desventaja asumió los riesgos del cambio de circunstancias, como en los contratos especulativos, es imposible reclamar *hardship*.

Como *hardship* consiste en una alteración de ciertas circunstancias que generan un desequilibrio contractual, los efectos de su existencia significan el derecho de la parte en desventaja a solicitar a la contraparte el comienzo de renegociaciones para adaptar el contrato original a las nuevas condiciones y reestablecer el equilibrio contractual, en realidad se trata de celebrar un nuevo contrato.⁹¹¹ *Hardship* no opera, por tanto,

⁹¹⁰ Véase, por ejemplo, *Autopista Concesionada de Venezuela, C. A. (AUCOVEN) contra República Bolivariana de Venezuela*, CIADI, caso ARB/00/5, laudo, 23 de septiembre de 2003, § 29.

⁹¹¹ El método para solucionar este tipo de controversias es justamente conocido como “adaptación de contratos” y puede ser de dos tipos, llenado de lagunas o adaptación de cláusulas. Cruz Barney, Óscar, “Notas sobre los medios alternativos de solución de controversias”, *Ars Juris. Revista del Instituto de Documentación e Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, núm. 23, mayo de 2001, p. 133; Cruz Miramontes, Rodolfo y Cruz Barney, Óscar, *El arbitraje. Los diversos mecanismos de solución de controversias: análisis y práctica en México*, México, Porrúa-UNAM, 2004, p. 16; Estavillo Castro, Fernando, “Medios alternativos de solución de controver-

cuando el contrato contiene cláusulas que prevén la automática adaptación del contrato⁹¹² a la condición cambiante específica, por ejemplo, una cláusula de indexación para aliviar problemas de inflación.⁹¹³

Cabe precisar que *force majeure* y *hardship* deben ser distinguidos. En la primera, el cumplimiento de obligaciones resulta real o prácticamente imposible, mientras que en la segunda el cumplimiento es particularmente oneroso, no imposible.⁹¹⁴

En el caso de las concesiones Mavromatis, la Corte Permanente de Justicia Internacional, después de haber señalado que el mantenimiento de los contratos y los acuerdos debidamente suscritos era un principio fundamental del derecho internacional,⁹¹⁵ reconoció que la única manera en que dichas concesiones, otorgadas antes de la Primera Guerra Mundial, podían ser mantenidas era readaptándolas a las nuevas condiciones económicas y que era un derecho de Mavromatis reclamar que sus concesiones fueran puestas en conformidad con las nuevas condiciones económicas por medio de la readaptación.⁹¹⁶

La solicitud de renegociar un contrato debe hacerse inmediatamente después de que la parte en desventaja se ha dado cuenta de la existencia de *hardship*, un retraso significativo en pedir renegociaciones hará difícil determinar si en verdad existió o no la figura.

sias”, *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 26, 1996, p. 384.

⁹¹² Debe distinguirse *hardship*, cláusula de adaptación por circunstancias difíciles no especificadas, de las cláusulas de adaptación por eventos específicos que operan de forma automática. No puede argüirse *hardship* si el contrato considera ya adaptación por el evento específico. El Chianti, A. Z., “Protection of Investment in the Context of Petroleum Agreements”, *Recueil des Cours*, vol. IV, t. 204, 1987, p. 105.

⁹¹³ La inclusión de cláusulas de adaptación es considerada como un mecanismo efectivo que permite a las partes ajustar el contrato a desarrollos inesperados de la industria. *Cf.* Kuruk, Paul, “Renegotiating Transnational Investment Agreements: Lessons for Developing Countries from the Ghana–Valco Experience”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 13, otoño de 1991, p. 79. Este tipo de cláusulas han sido mantenidas válidas por los tribunales véase, por ejemplo, *Tanzania Electric Suplí Company Limited vs. Independent Power Tanzania Limited*, Final award, ICSID Case Number ARB/98/9, 12 de julio de 2001.

⁹¹⁴ Calvo Caravaca, Alfonso Luis y Carrascosa González, Javier, *op. cit.*, nota 7, pp. 125-132.

⁹¹⁵ *Mavrommatis Palestine Concessions Case, Greece vs. UK*, Merits, Permanent Court of International Justice, 1925, p. 48.

⁹¹⁶ *Ibidem*, p. 50.

Cabe señalar finalmente que en el derecho internacional general la excepción a *pacta sunt servanda* es una mezcla entre *hardship* y *rebus sic stantibus* que se ha denominado, según el artículo 62 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, cambio fundamental de circunstancias.⁹¹⁷

7. Cláusulas interpretativas

Las reglas de interpretación varían a lo largo de los distintos sistemas legales. En el derecho inglés, por ejemplo, la regla general de la interpretación es que el que interpreta no legisle si es el caso de que en la norma algo no esté previsto,⁹¹⁸ *casus omissus*;⁹¹⁹ de igual forma se sostiene que el que interpreta tampoco puede eliminar lo que considere no apropiado, *casus male inclusus*.⁹²⁰ Estas reglas son comunes a varios sistemas legales nacionales debido a la teoría de la separación de poderes y a que los parlamentos buscaron siempre evitar que los jueces tergiversaran sus leyes.⁹²¹ De esta forma se sostuvo que “si las palabras de una ley son en sí mismas precisas y claras, entonces, simplemente es necesario exponer esas palabras en su sentido natural y ordinario. Estas palabras por sí solas, en tal caso, son la mejor declaración de la intención

⁹¹⁷ Artículo 62. Cambio fundamental en las circunstancias. 1. Un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un tratado y que no fue previsto por las partes no podrá alegarse como causa para dar por terminado el tratado o retirarse de él a menos que: *a*) la existencia de esas circunstancias constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado, y *b*) ese cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado.

⁹¹⁸ Esta regla también aplica en derecho comercial internacional. “Cuando un tratado describe en detalle y con precisión los requerimientos para presentar una demanda, no existe espacio para implicar dentro del tratado requerimientos adicionales”. *Waste Management, Inc., vs. United Mexican States (award)*, ICSID, facilidades adicionales, ARB(AF)/00/3, 30 abril 2004, párrafo 85.

⁹¹⁹ En el derecho anglosajón se distingue “construction” de “interpretation”, la primera hace referencia al caso donde la norma contiene una laguna y es necesario completarla, la segunda se refiere a casos en que la norma está en contradicción consigo misma y es necesario dilucidar su sentido verdadero. Weintraub, R. J., “Development in Choice of Law for Contracts”, *Recueil des Cours*, IV, t. 187, 1984, p. 253.

⁹²⁰ Glanville, Williams, *Learning the Law*, Stevens and Sons, Londres, 1982, p. 102.

⁹²¹ Cross, Rupert, *Statutory Interpretation*, Butterworths, Londres, 1995, p. 15.

del legislador”.⁹²² Esta es la regla de la interpretación literal del derecho que normalmente aplican en los sistemas jurídicos nacionales.

Por su parte, el derecho internacional consuetudinario, incorporado en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, establece que la interpretación debe ser literal, pero de buena fe, y atendiendo al contexto, objeto y fin del instrumento que se interprete,⁹²³ “el propósito del tratado y las intenciones de las partes al concluirlo, deben prevalecer sobre una aplicación literal”.⁹²⁴

En el mundo mercantil, las reglas de interpretación literal aplican buscando la intención común de las partes, y si no es posible descubrir tal intención, se interpretará de acuerdo con el significado razonable de las palabras que una persona similar a las partes le hubiera dado en las mismas circunstancias.⁹²⁵ La regla de la interpretación basada en la intención común de las partes ha sido reconocida por diversos tribunales arbitrales, así, por ejemplo, se ha sostenido que:

Como cualquier convención, una convención a arbitrar no debe ser interpretada restrictivamente, no como un hecho, amplia o liberalmente. Debe ser interpretada de forma que lleve a encontrar y respetar la intención común de las partes; tal método de interpretación no es sino la aplicación del principio fundamental *pacta sunt servanda*, un principio común, de hecho, a todos los sistemas legales nacionales y al derecho internacional.⁹²⁶

Los términos de un contrato no deben interpretarse de manera aislada, sino como parte integral del contexto más general que significa la norma convencional. En consecuencia, los términos del contrato deben ser interpretados a la luz de toda la norma convencional. En principio se supone que los términos empleados por los contratantes no fueron puestos sin propósito, así que la interpretación debe buscar, en caso de términos poco claros, dar significado a los mismos en vez de privarles de todo significado.

⁹²² *Sussex Peerage Case*, (1884), 11 CI & Fin 85 en 143.

⁹²³ Artículo 31. Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

⁹²⁴ *Case concerning the Gabčíkovo Nagymaros project*, Hungary/Slovakia, ICJ, 1997.

⁹²⁵ Declaración del Gobierno de la República Popular y Democrática de Argelia..., *cit.*, nota 867, artículo 4.1.

⁹²⁶ *Amco Asia Corporation vs. Indonesia* (Jurisdiction), ICSID Case Mo. ARB/81/1, 25 de septiembre de 1983. 23 *International Law Materials*, 351, 359. (1983).

Un problema se presenta cuando las partes de un contrato no crearon una disposición en particular y entonces el tribunal se ve obligado a crearla. Si la intención de las partes no puede ser deducida del contrato, entonces la cláusula creada debe determinarse de acuerdo con la naturaleza y propósito del contrato y de conformidad con los principios de razonabilidad, buena fe y trato justo.⁹²⁷

Un ejemplo de la aplicación de los principios de interpretación en el caso de los contratos mercantiles internacionales como los CEI es el caso de los llamados términos estandarizados; es decir, aquellas provisiones contractuales que se redactan con anterioridad a la negociación y que son utilizadas por una de las partes en sus contratos en general de manera repetida. En principio, la parte que se adhiere a los términos estandarizados los acepta como un todo y se vincula a observarles conozca o no su contenido o entienda completamente sus implicaciones. Sin embargo, los principios de buena fe y trato justo califican las obligaciones de términos estandarizados cuando en virtud del lenguaje utilizado, el contenido, o la presentación de los mismos no sea razonable haberlos esperado.⁹²⁸ De esta forma, si las partes negociaron específicamente ciertos términos del contrato, tales provisiones deben prevalecer sobre provisiones estandarizadas en conflicto, en virtud de que las primeras reflejan la intención de las partes.

8. *Cláusula de integridad o fusión*

La cláusula integradora o de fusión es común en los contratos de Estado internacionales y en la negociación comercial internacional. La cláusula integradora surge debido a que las negociaciones entre el inversionista y el Estado huésped normalmente han tenido lugar durante largo tiempo y las partes desean poner en claro que el documento que firman constituye el acuerdo final de toda la negociación. De igual forma, existe una cláusula integradora cuando existen diversos documentos que simultáneamente constituyen el CEI.

En general, la cláusula de integridad no priva de efecto a los acuerdos previos de negociación, éstos pueden ser utilizados como medios de in-

⁹²⁷ Declaración del Gobierno de la República Popular y Democrática de Argelia..., *cit.*, nota 867, artículo 4.8.

⁹²⁸ *Ibidem*, artículo 2.20.

terpretación del contrato final,⁹²⁹ pero esta regla general puede ser anulada por acuerdo de las partes.⁹³⁰

En caso de duda la cláusula integradora es evidencia de que el contrato ha sido creado. En efecto, si la negociación ha sido compleja y prolongada, sin una secuencia identificable de oferta y aceptación de dicha oferta (la imagen en espejo de la oferta) puede ser muy difícil determinar en qué momento el contrato surgió.

En particular, el problema surge porque las partes emiten durante negociaciones complejas y largas, diversos documentos denominados “acuerdo preliminar”, “memorandum de entendimiento”, “carta de intención” o algún otro término similar. Dichos documentos previos, contienen los acuerdos hasta ese momento alcanzados, pero al mismo tiempo siempre señalan que la ejecución será obligatoria una vez alcanzado un documento formal posterior, “sujeto a contrato”, “acuerdo formal posterior”. En algunos casos, las partes consideran que el contrato ya ha sido alcanzado y comienzan la ejecución, esperando que la firma del documento formal sea simplemente una confirmación.

9. Cláusula de términos deliberadamente abiertos

La cláusula de términos deliberadamente abiertos surge cuando las partes concluyen el contrato y sin embargo dejan intencionalmente un punto importante sujeto a negociaciones futuras o a ser determinado por una tercera persona.

⁹²⁹ *Ibidem*, artículo 2.17.

⁹³⁰ El proyecto de contrato de compromiso de capacidad de generación de energía eléctrica y compraventa de energía eléctrica asociada, Proyecto CC Valladolid III, de la Comisión Federal de Electricidad, versión del 5 de diciembre de 2002, establece en su cláusula 24.6, lo siguiente: “Integridad. El presente contrato es la compilación completa y exclusiva de todos los términos y condiciones que rigen el acuerdo de las partes en relación con el objeto del mismo. Ninguna declaración de ningún agente, empleado o representante del productor o de la Comisión realizada con anterioridad a la celebración del presente contrato será admitida en la interpretación de los términos del mismo excepto por las respuestas formales y por escrito dadas por la Comisión a los licitantes en las series de preguntas y comentarios llevadas a cabo conforme a las bases de licitación, en la inteligencia de que en caso de que exista un conflicto entre dichas respuestas, la posterior en tiempo prevalecerá y en caso de que hubiera conflicto entre una respuesta y una disposición del contrato, la disposición del presente contrato prevalecerá. En caso de que existiera conflicto entre el texto del presente contrato y sus anexos, el texto del presente contrato prevalecerá sobre los anexos”.

Este supuesto debe distinguirse de aquel en el que las partes se pusieron de acuerdo respecto de las cláusulas principales y algunas accesorias no fueron ni pensadas en la negociación. En el caso de la cláusula de términos intencionalmente abiertos, el término no acordado es principal para la vida del contrato.

En este caso dicha situación no precluye la existencia del contrato. Pero ¿qué sucede si posteriormente el acuerdo no se logra respecto de la cláusula intencionalmente abierta o la tercera persona no lo fija? En principio, el contrato no deja de existir si hay un medio alternativo para hacer la cláusula definitiva. Pero ¿qué tal si no se fijó ese medio alternativo? Debe recurrirse a la conducta de las partes como evidencia de su acuerdo para mantener vivo el contrato, por ejemplo, la ejecución parcial de ciertas obligaciones.

10. *Cláusula de elección de ley aplicable*

En la mayoría de los contratos comerciales internacionales, incluyendo aquellos donde un Estado o un ente estatal es una de las partes, es común que los contratantes escojan la ley aplicable al contrato.⁹³¹ En este punto es necesario distinguir entre lo que se denomina la ley propia del contrato y otras leyes relacionadas, pero que son o pueden ser distintas como la ley propia del arbitraje. Un acuerdo para arbitrar en Estocolmo respecto de una disputa que surge de un contrato hecho bajo la ley inglesa implica la elección de la ley inglesa como la aplicable al contrato y la ley sueca como aplicable al arbitraje.⁹³²

A lo largo de este trabajo hemos tratado de explicar cómo romper el círculo vicioso que explique cómo es que las partes tienen la facultad de

⁹³¹ Cabe también la posibilidad de que la ley aplicable esté dada por un tratado que cubra el tema de manera particular. Así en el capítulo 19 del TLCAN se establece que el criterio de revisión (*standard of review*), es decir, la ley aplicable a la controversia será, para el caso mexicano, el artículo 238 del Código Fiscal de la Federación y los principios generales del derecho que de otro modo un tribunal de la parte importadora aplicaría para revisar una resolución de la autoridad investigadora. Veyta Palomino, Hernany, “El criterio de revisión para México”, *Ars juris. Revista del Instituto de Documentación e Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, núm. 21, septiembre de 1999, p. 193.

⁹³² *Whitworth Street Estates (Manchester) Ltd vs. James Millar & Partners Ltd* [1970] AC 583.

elegir la ley aplicable antes de que cualquier ley les otorgue dicha facultad, por lo que no discutiremos más el punto.

La elección de una ley aplicable es la elección del *grundlegung*, del sistema jurídico de base. Hemos referido que un sistema legal no es simplemente un agregado de disposiciones jurídicas sin conexión entre sí; un sistema legal mantiene conexiones y relaciones internas y externas que le dan estructura y lógica, estructura que resulta relevante en el momento de interpretar un contrato inscrito en dicho sistema.⁹³³ La elección de un sistema legal como ley aplicable a un contrato busca proveer respuesta a cualquier cuestión legal que pueda surgir, al elegirlo surge la posibilidad de que el sistema sea conocido y capaz de una interpretación precisa por abogados experimentados. De esta forma, la ley aplicable se torna un estándar legal contra el cual los derechos y responsabilidades de las partes pueden ser determinadas y en caso de disputa los contratantes pueden saber con cierta precisión su posición legal y las posibilidades de éxito o fracaso.

En la elección de la ley aplicable al contrato opera el principio de la autonomía de la voluntad, y las partes pueden escoger directamente dicha ley, *voie directe*.⁹³⁴ No obstante, al surgir una disputa, muchas veces, el tribunal que conoce del asunto termina por escoger una ley aplicable distinta a la elegida por las partes al utilizar las reglas de conflicto del sistema legal originalmente elegido, *voie indirecte*.⁹³⁵ Para evitar los problemas del reenvío algunas disposiciones arbitrales excluyen expresamente dicha posibilidad.⁹³⁶ En cualquier caso, las partes pueden escoger un solo sistema jurídico o una mezcla de disposiciones de diversos sistemas legales,⁹³⁷ la explicación a este fenómeno legal es que se trata de jugar con subsistemas de un sistema global.

⁹³³ García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 97, pp. 147 y ss.

⁹³⁴ Grigera Naón, Horacio, "Choice of Law Problems in International Commercial Arbitration", *Recueil des Cours*, t. 289, 2001, p. 198; Reglas de la ICC de 1988, artículo 13 (3).

⁹³⁵ Esta posibilidad está considerada en el artículo 42 (1) de la Convención para la Solución de Controversias de Inversión entre Estados y Nacionales de otros Estados de Washington de 1965 que señala que en ausencia de acuerdo sobre ley aplicable el tribunal arbitral aplicará la ley del Estado contratante, incluyendo las reglas de conflicto, y aquellas reglas de derecho internacional que sean aplicables.

⁹³⁶ Ley Modelo de UNCITRAL, artículo 28 (1).

⁹³⁷ Así lo permite, por ejemplo, el artículo 17 (1) de las reglas de la ICC que señala en plural que "Las partes pueden escoger libremente las reglas de derecho a ser aplicadas

En casos muy politizados los tribunales evitan escoger una ley en particular para no caer en conflictos con alguna de las partes. En otras ocasiones simplemente hacen una interpretación hermenéutica del contrato o recurren a principios generales del derecho para evitar recurrir a disposiciones externas al mismo.⁹³⁸

El no elegir una ley aplicable genera problemas muchas veces difíciles de solventar. Tal fue el caso de un *joint venture* entre una empresa de Hong Kong, el gobierno de Sir Lanka e individuos privados para establecer una compañía bajo las leyes de Sir Lanka para cultivar y exportar camarones a Japón. El problema surgió porque un grupo de guerrilleros ocuparon la granja y la destruyeron. Bajo la sección 8.1 del Acuerdo para la Promoción y Protección de las Inversiones de 1980, suscrito por el Reino Unido y Sir Lanka, la empresa de Hong Kong instauró un procedimiento arbitral reclamando la restitución a Sir Lanka. En el acuerdo de *joint venture* no existía una cláusula de ley aplicable y la empresa argumentó que el Acuerdo de 1980 debía ser considerado por la ley aplicable tal como lo señalaba el citado artículo 42 (1) de la Convención para la Solución de Controversias de Inversión entre Estados y Nacionales de otros Estados de Washington de 1965. En este caso el tribunal sostuvo que:

por el tribunal arbitral al fondo de la disputa. En ausencia de tal acuerdo, el tribunal arbitral aplicará las reglas de derecho que determine sean apropiadas”.

⁹³⁸ “Se ha admitido por el doctor Idelson, consejero de Lena, que en todos los aspectos nacionales de la URSS, las leyes de la Rusia Soviética aplicarían excepto en lo que fueran excluidas por el contrato, de esta manera respecto a la ejecución del contrato por ambas partes dentro de la URSS la ley rusa es la «ley propia del contrato», esto es, la ley contra la cual el contrato debe ser interpretado. Pero se ha dicho por el mismo doctor Idelson que para otros propósitos los principios generales del derecho como aquellos reconocidos por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional en La Haya deben ser considerados como la «ley propia del contrato» y en apoyo a tal dicho el consejero de Lena apuntó que el Contrato de Concesión mismo y el Acuerdo de junio de 1927, por el cual las minas de carbón habían sido transferidas, fueron suscritos no solamente a nombre del gobierno ejecutivo de Rusia, sino por el Comisario de Asuntos Externos, y que muchos términos del contrato contemplaban la aplicación de principios de derecho internacional y no solamente nacionales. Por lo tanto, en caso de una diferencia en la interpretación esta Corte sostiene que dicha interpretación es correcta”. *Lena Goldfields, Ltd*, septiembre de 1930, § 22, reproducido en 36 Cornell Law Quarterly (1950/51), pp. 42 y ss.

El proceso de elección de la ley aplicable normalmente se materializa después de que surge la disputa, observando e interpretando la conducta de las partes a lo largo del procedimiento arbitral, en el presente caso ambas partes han actuado en una forma que demuestran su acuerdo mutuo en considerar las provisiones del tratado de inversión bilateral entre el Reino Unido y Sri Lanka como la fuente principal de las reglas legales aplicables.⁹³⁹

La elección de un sistema nacional como ley aplicable es lo más común en la contratación comercial internacional. Así, por ejemplo, el proyecto de contrato de compromiso de capacidad de generación de energía eléctrica y compraventa de energía eléctrica asociada denominado CC Valladolid III propuesto por la Comisión Federal de Electricidad, versión del 5 de diciembre de 2002, establecía como cláusula de ley aplicable lo siguiente: “0.1. Ley aplicable. Este Contrato se regirá e interpretará de acuerdo con la legislación federal de México, incluyendo la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica y su Reglamento”.

No obstante lo anterior, en el caso particular de los CEI se han hecho intentos para que la ley que lo gobierne sea “no nacional”. Los candidatos han sido el derecho internacional, los principios generales de derecho⁹⁴⁰ y la *lex mercatoria*. Una variante ha sido mezclar el sistema jurídico nacional con el derecho internacional, tal como lo prevé el artículo 42 (1) de la Convención para la Solución de Controversias de Inversión entre Estados y Nacionales de otros Estados de Washington, de 1965.⁹⁴¹

⁹³⁹ *Asian Agricultural Ltd vs. Republic of Sri Lanka*, 1990, 4 ICSID Reports 245, 1990, § 20.

⁹⁴⁰ Weil, Prosper, “Principes généraux du droit et contrat d’État”, *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offerts a Berthold Goldman*, Paris Litee, 1982, pp. 387-414.

⁹⁴¹ Esta idea tiene sus orígenes en los siguientes antecedentes: artículo 17 del acuerdo de concesión petrolera entre el Sheik of Abu Dhabi y Petroleum Development Ltd establecía “El Sheik y la compañía declaran que basarán la ejecución de este acuerdo en la buena fe y la sinceridad en la creencia y la interpretación de este acuerdo se hará de una manera consistente con la razón”. *Petroleum Development Ltd vs. Sheik of Abu Dhabi* (1951) 18 International Law Reports 144. La cláusula 28 (7) del acuerdo de concesión petrolero entre Texaco Overseas Petroleum Co. and California Asiatic Oil Co. y Libia establecía que “la concesión será gobernada por la ley de Libia que sea común a los principios del derecho internacional, en ausencia por el derecho internacional general incluyendo aquellos principios aplicables por los tribunales internacionales. *Texaco Overseas Petroleum Co. and California Asiatic Oil Co. vs. Libya, Texaco vs. Libya* (1977) 53 International Law Reports 289. El artículo III (2) del contrato de concesión entre Kuwait

Es importante distinguir un punto que normalmente se confunde. Asociado con la idea de la elección de un derecho no nacional que rija el contrato internacional aparece la idea de un arbitraje deslocalizado, esto es libre del control de cualquier sistema legal nacional. Dichas ideas son paralelas y debe quedar claro la distinción entre *lex arbitri* y *lex contractus*.⁹⁴² La primera rige el procedimiento arbitral, la segunda, los aspectos sustantivos del contrato. Cuando hablamos de elección de un derecho no nacional nos referimos a la *lex contractus*, mientras que cuando hablamos de la deslocalización de un arbitraje nos referimos a la *lex arbitri*.⁹⁴³

En el derecho internacional público, la *lex arbitri* y la *lex contractus* están regidas por el mismo *grundlegung*, de forma que el lugar del arbitraje es irrelevante, la *lex arbitri* se encuentra desvinculada de derecho nacional alguno. Sin embargo, en el derecho internacional privado el arbitraje no es internacional en el sentido de que la *lex arbitri* esté desvinculada de un sistema jurídico nacional, el problema finalmente es el del cumplimiento de un laudo que no haya sido expedido con base en una *lex arbitri* de legislación estatal alguna.⁹⁴⁴ ¿Es deseable un arbitraje deslocalizado de forma que no pueda exigirse claramente la satisfacción de reglas obligatorias del *lex loci arbitri*? El punto de discusión no desaparecerá mientras el reconocimiento de laudos y ejecución de los mismos sea una prerrogativa soberana no gobernada por el *grundlegung* del derecho internacional público.

En este punto de la ley aplicable al CEI cabe recordar que la *lex contractus* (es decir, las disposiciones jurídicas de la norma convencional) se

y American Independent Oil Co, establecía que “la ley que rige los aspectos sustanciales será determinada por el Tribunal, tomando en cuenta la calidad de las partes, el carácter transnacional de sus relaciones, los principios de derecho y la práctica prevaleciente del mundo moderno”. (1982) 21 International Law Materials 976.

⁹⁴² En arbitraje puede distinguirse entre diversas leyes: I) la ley que gobierna la capacidad de las partes para ir a un arbitraje; II) la ley que gobierna el compromiso arbitral y la ejecución de dicho compromiso; III) la ley que gobierna el procedimiento arbitral, *lex arbitri*; IV) la ley que gobierna los aspectos sustantivos de la materia, *lex contractus*, y V) la ley que gobierna el reconocimiento y cumplimiento del laudo. Redfern, Alan y Hunter Martin, *op. cit.*, nota 545, p. 77.

⁹⁴³ El artículo 15 de las reglas de la ICC señala que un arbitraje puede estar regido por ciertas reglas “se haya hecho o no referencia a reglas de procedimiento de un derecho nacional a ser aplicado al arbitraje”. Para una discusión sobre la conveniencia de arbitrajes deslocalizados véase Collier, John, *op. cit.*, nota 659, pp. 232-235.

⁹⁴⁴ Luzzatto, “International Commercial Arbitration and Law of States”, en *Recueil des Cours*, vol. IV, t. 157, 1977, p. 90.

integra por el *consensus* creado por los contratantes que cobra vida dentro de un *grundlegung* (*lex contractus* = *grundlegund* + *consensus*). También hemos sostenido que la facultad de elección de la ley aplicable debe entenderse como la facultad de elegir un subsistema legal dentro de un sistema global debido a que la facultad de contratar debe estar reconocida antes por un sistema legal. En este sentido, puede concluirse que los CEI se rigen, por tanto, de una mezcla de disposiciones legales de tipo regulatorio (*grundlegung*) y otras de tipo contractual (*consensus*).⁹⁴⁵

11. Cláusulas arbitrales

De modo que cuando surja algún conflicto legal respecto de un CEI las partes deberán dirigirse a una jurisdicción competente. ¿Cuál es la jurisdicción a la que acudir cuando las partes no han elegido con anterioridad dicha jurisdicción? Las posibilidades son múltiples: el foro del deudor, del acreedor, lugar de ejecución del contrato, lugar de la prestación característica, lugar de ubicación de los bienes, lugar de la firma del contrato, entre otras.

La elección del foro es central en la dialéctica de los contratos internacionales. Lo común es que cada una de las partes se niegue a aceptar la competencia de los jueces de la otra, ya que ninguna quiere darle la ventaja práctica y táctica de defenderse en su lugar, en su lengua, delante de sus jueces, y de conformidad a un procedimiento conocido.

Ante la ausencia de una jurisdicción internacional permanente y obligatoria, las disputas económicas internacionales pueden no encontrar solución alguna. Esta debilidad ha sido subrayada por Kelsen al señalar que “el primer paso hacia una paz duradera debe consistir en el establecimiento de una comunidad internacional, cuyos miembros estén obligados a someter todas las disputas que surjan entre ellos a un tribunal internacional permanente y a respetar las decisiones de esta autoridad”.⁹⁴⁶

En una sociedad donde la solución de controversias mediante jueces elegidos por las partes y con base en la norma legal⁹⁴⁷ es opcional y depende del consentimiento de las partes, el acuerdo para arbitrar se vuelve de crítica

⁹⁴⁵ El Chianti, A. Z., *op. cit.*, nota 912, p. 37.

⁹⁴⁶ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 79, p. 182.

⁹⁴⁷ Estos son los dos elementos básicos de cualquier arbitraje. Gómez Robledo, Antonio, *México y el arbitraje internacional*, México, Porrúa, 1965, p. IX.

importancia. En este contexto el arbitraje además de ser una vía para solucionar controversias, es también un medio de estabilización de la relación contractual.⁹⁴⁸ Así, las herramientas con las cuales se ha buscado fortalecer los flujos de inversión incluyen tratados bilaterales de inversión, sistemas de aseguramiento, y mecanismos de solución de controversias.⁹⁴⁹ Con esto en mente se ha dicho que “los procedimientos de controversias de inversión son una influencia estabilizadora importante con respecto a la confianza del inversionista en el ambiente de inversión”.⁹⁵⁰

Cuando las partes convienen un arbitraje no sujeto a jurisdicción nacional se dice que la disputa se ha “internacionalizado” al aislarla de las jurisdicciones nacionales que pudieran resultar competentes.⁹⁵¹ Hemos referido en el punto que antecede que en el estado que guardan las relaciones internacionales, sin jurisdicción internacional obligatoria, no resulta muy clara la conveniencia de este tipo de arbitrajes deslocalizados.⁹⁵²

⁹⁴⁸ Carlston, Kenneth, *op. cit.*, nota 301, p. 264.

⁹⁴⁹ Gill, David, “Legal Principles and Practices Relating to Private Foreign Investment”, *Proceedings of the 77th Annual Meeting*, Washington, American Society of International Law, 1983, p. 292.

⁹⁵⁰ Grahon, Edward y Wilkie, Christopher, “Acuerdos económicos regionales y firmas multinacionales: las disposiciones en materia de inversión en el TLCAN”, *Ars juris. Revista del Instituto de Documentación e investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, núm. 21, 1999, p. 47.

⁹⁵¹ En el famoso contrato de concesión petrolera entre Texaco y el gobierno de Libia se estableció lo siguiente: “Clause 28 (1) If at any time during or after the currency of this concession any difference or dispute shall arise... if fail to settle it by agreement, the case will be referred to two arbitrators and an umpire... (3) If a party fails to appoint it, the other party may request the president of the International Court of Justice to appoint it... (7) Concession shall be governed by law of Libya common to the principles of International Law, in absence by General International Law, including such principles as applied by international tribunals”. Respecto de la cláusula arbitral el árbitro señaló que la misma es un proceso para internacionalizar un contrato. *Texaco Overseas Petroleum Co. and California Asiatic Oil Co. vs. Libya, Texaco vs. Libya*, 1977, 53 *International Law Reports*, 389.

⁹⁵² “En sentido legal no existe un arbitraje comercial internacional. De la misma forma en que cada sistema de derecho internacional privado es parte del sistema legal de una nación, cada arbitraje es un arbitraje nacional, es decir, sujeto a un sistema legal nacional”. Mann, F., “Lex Facit Arbitrum”, en Sanders, Pieter (ed.), *International Arbitration Liber Amicorum for Martin Domke*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1967, p. 159. “Los arbitrajes comerciales internacionales son simplemente arbitrajes privados nacionales que tienen algún aspecto internacional”. Caron, David, “The Nature of the Iran-United States Claims Tribunal and the evolving structure of International Dispute Resolution”, *American Journal of International Law*, enero de 1990, p. 113. En un análisis más detallado

Si existe un arbitraje válido es que existe previamente un acuerdo para arbitrar válido; el reconocimiento y cumplimiento de un laudo puede ser rechazado si las partes de un compromiso para arbitrar se encuentran bajo alguna incapacidad o si el acuerdo no fue válido bajo su propia ley.⁹⁵³ Un acuerdo para arbitrar puede ser incorporado en el mismo contrato y se le conoce como cláusula arbitral⁹⁵⁴ o en un acuerdo separado, denominado compromiso para arbitrar.⁹⁵⁵ Normalmente si se incorpora en una cláusula del contrato se tratará de controversias futuras y si se hace un compromiso especial se referirá a controversias ya surgidas. Cualquiera que sea su forma, este acuerdo se encuentra bajo el principio de independencia de las cláusulas del contrato, es decir, no obstante que el contrato principal sea declarado nulo, la cláusula arbitral seguirá siendo válida, desde nuestro punto de vista porque no es el *consensus* el que lo mantiene vivo una vez creado, sino el *grundlegung* sobre el cual descansa el *consensus*.

Para el propósito del cumplimiento internacional, un acuerdo para arbitrar debe constar por escrito,⁹⁵⁶ la razón, se ha dicho, es porque el acuerdo para arbitrar significa no ejercer uno de los derechos fundamentales de un ciudadano reconocido por los Estados soberanos, es decir, el derecho de recurrir a sus propias cortes.⁹⁵⁷

puede distinguirse deslocalización en cuatro sentidos: ejecución, exclusión de recurso de nulidad, procedimiento arbitral, derecho aplicable. Lo pertinente en el momento del desarrollo de las relaciones internacionales es no tener laudos arbitrales deslocalizados en su ejecución. González de Cossio, Francisco, *Arbitraje*, México, Porrúa, 2004, pp. 20 y ss.

⁹⁵³ Esto es reconocido, por ejemplo, por la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros de 1958. Artículo V. 1. “El reconocimiento y ejecución de un laudo puede ser negado, a petición de la parte contra la cual es invocado, solamente si dicha parte prueba ante la autoridad competente donde el reconocimiento y cumplimiento es buscado que: (a) Las partes al acuerdo referido en el artículo II fueron, bajo la ley aplicable a ellos, bajo alguna incapacidad, o dicho acuerdo no es válido bajo la ley a la cual las partes lo han sometido o bajo la ley del país donde el laudo es dictado”.

⁹⁵⁴ *Clause compromissoire*, en el argot comercial.

⁹⁵⁵ *Compromis*.

⁹⁵⁶ Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros de 1958. Artículo II. “Cada Estado parte reconocerá un acuerdo por escrito bajo el cual las partes han comprometido a someter a un arbitraje, todas o algunas diferencias que surjan o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación legal, sea contractual o no, referente a una materia que sea capaz de resolverse por arbitraje”.

⁹⁵⁷ Redfern, Alan y Hunter Martin, *op. cit.*, nota 545, p. 5.

La cláusula para arbitrar normalmente es un compromiso complejo para resolver una disputa por la vía del derecho, y contiene elementos que hacen posible dicha solución. Entre dichos elementos destaca la formación del tribunal, opciones en el caso de que una de las partes no quiera formar el tribunal,⁹⁵⁸ en ocasiones la elección de la *lex contractus*,⁹⁵⁹ la posibilidad de recurrir a métodos alternativos de solución de controversias antes del arbitraje, el lugar del arbitraje, la *lex arbitri*,⁹⁶⁰ los términos de referencia,⁹⁶¹ entre otras tantos elementos importantes de considerar.⁹⁶²

12. Cláusulas de estabilización

Preocupación central para el inversionista extranjero que suscribe un CEI regido por el derecho nacional del Estado parte es que su contraparte

⁹⁵⁸ Los tratados de paz entre los poderes aliados y Bulgaria, Hungría y Rumania establecían comisiones para escuchar disputas referentes a los tratados. Cada parte debía nombrar un miembro y ambos miembros nombrados por acuerdo nombrarían al tercero. Si no llegaban a un acuerdo el secretario general de las Naciones Unidas lo haría. *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria Hungary and Romania*, opinión consultiva, Corte Internacional de Justicia, 1950.

⁹⁵⁹ El contrato entre dos empresas transnacionales involucradas en la construcción del canal que une a Francia con Inglaterra establece: "Clause 68: the construction, validity and performance of the contract shall in all respects be governed by and interpreted with the principles common to both English law and French law, and in the absence of such common principles by such general principles of international trade law as have been applied by national and international tribunals. Subject to the French and English public policy provisions". *Channel Tunnel Group Ltd. vs. Balfour Beatty Construction Ltd.*, House of Lords, [1993] AC 334.

⁹⁶⁰ El mismo contrato referido en la nota anterior señalaba en la cláusula 67 métodos de solución de controversias que surgieran durante la ejecución de los trabajos, a resolver por un panel de expertos, no árbitros, y solución final por arbitraje en Bruselas, de acuerdo a las reglas de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio, la corte Inglesa señaló: "The proper substantive law of this contract is the law, if such it can be called, chosen in clause 68. But the curial law must I believe be the law of Belgium". *Channel Tunnel Group Ltd. vs. Balfour Beatty Construction Ltd.*, House of Lords, [1993] AC 334.

⁹⁶¹ Los términos de referencia fijan el alcance que tiene el tribunal y los límites de la disputa que las partes quieren que resuelva. Así en el famoso arbitraje Trail Smelter se fijaron como términos de referencia: "whether damage caused by the Trail Smelter in the State of Washington has occurred since the first day of January, 1932, and, if so, what indemnity should be paid therefore?", *Trail smelter arbitration USA vs. Canada*, 1941, 3 UNRIAA 1938.

⁹⁶² El tema de arbitraje es inacabable, baste para nuestros fines remitir a autores especializados entre los cuales destaca Redfern, Alan y Hunter Martin, *op. cit.*, nota 545.

modifique unilateralmente el contenido del compromiso ejerciendo poderes gubernamentales o legislativos (*fait du prince*),⁹⁶³ trastocando así los términos de la ecuación contractual. Ejemplo de lo anterior sería la agravación de las cargas fiscales durante el periodo de ejecución del contrato con el fin de que al inversionista le resulte poco redituable continuar con el negocio y el Estado se haga cargo del mismo.

Hemos visto que en algunos sistemas legales nacionales los contratos administrativos tienen diversas características que los distinguen de los contratos de derecho privado. Entre estas características se encuentran la continuidad en la ejecución; potestad de dirección y control; mutabilidad o *potestas variandi*; potestad rescisoria y potestad sancionadora.⁹⁶⁴ También revisamos que muchos autores consideran que estos cinco aspectos pueden englobarse en dos grandes rubros: la inspección y vigilancia en la ejecución del contrato, y la modificación o anulación unilateral por parte de la administración pública.⁹⁶⁵ Importante en su momento fue subrayar que la *potestas variandi* tiene lugar con motivo de la *lex contractus*, mientras que el *factum principis* es un poder del Estado ajeno a la relación contractual.⁹⁶⁶

Dos cuestionamientos son importantes en el CEI: ¿existe *factum principis*?, ¿existe *potestas variandi*?

La protección al inversionista extranjero que suscribe un CEI ha sido considerada primordial por el derecho internacional debido a los riesgos que conlleva. En el arbitraje Sapphire señalaba por ejemplo que:

La compañía extranjera estaba trayendo asistencia técnica y financiera a Irán, lo que implicaba inversiones, responsabilidades y riesgos considerables. Por lo tanto parece normal que éstos estuvieran protegidos contra cualquier cambio legislativo que pudiera alterar el carácter del contrato y que estuvieran asegurados por medio de alguna seguridad legal. Esto no estaría garantizado por la aplicación absoluta de la legislación iraní que está dentro del poder del Estado de Irán cambiar.⁹⁶⁷

963 Laubadère, André de, *op. cit.*, nota 599, pp. 24 y 25.

964 Escola, Héctor Jorge, *op. cit.*, nota 603, pp. 382 y ss.

965 Lajoie, Andrée, *Contrats administratifs: jalons pour une théorie*, Montreal, Les Éditions Thémis, 1984, pp. 118 y ss.

966 Ariño Ortiz, Gaspar, *op. cit.*, nota 631, pp. 7 y ss.

967 *Sapphire Internacional Limited vs. The National Iranian Oil Company* (1963) 35 International Law Reports 136, p. 171.

Así, los CEI acostumbran incluir la llamada cláusula de estabilización de derechos⁹⁶⁸ que en general ha sido definida como aquella “que designa como ley aplicable una ley que no está en poder del Estado parte del contrato cambiar unilateralmente”.⁹⁶⁹ La cláusula de estabilización de derechos es introducida en los contratos internacionales para reforzar y dar al operador privado una seguridad adicional, destinada a contrabalancear, tanto como sea posible, la aleatoriedad resultante de la calidad estatal de la contraparte. De esta forma, la cláusula de estabilización da al contrato la característica de un doble compromiso. Por medio de ella el Estado se compromete a respetar su compromiso.⁹⁷⁰ La cláusula de estabilización es un término genérico que incluye diversas cláusulas:⁹⁷¹

Cláusula de elección de ley extranjera. Un método para estabilizar un CEI es elegir como *grundlegung* una ley nacional aplicable distinta a la del Estado parte. Debido a que la presunción es que un CEI esté gobernado por el derecho nacional del Estado parte,⁹⁷² la cláusula que elige un derecho extranjero debe ser clara y precisa.

Cláusula que elige como ley aplicable un sistema jurídico no nacional. Este es el caso cuando se elige como sistema legal aplicable a los principios generales del derecho, derecho internacional general, *lex mercatoria*, que hemos ya comentado con anterioridad.⁹⁷³

⁹⁶⁸ Al respecto cabe señalar que los términos no han quedado claros en el derecho comercial internacional. Algunos autores llaman cláusulas de estabilización a las que otros denominan de intangibilidad. Siguiendo a la tradición inglesa nosotros preferimos considerar a la cláusula de estabilización como el género de otras tantas cláusulas incluyendo la de intangibilidad.

⁹⁶⁹ Collier, John, *op. cit.*, nota 661, p. 243.

⁹⁷⁰ Sin embargo, a falta de esta cláusula la existencia misma de un CEI no es motivo para que el Estado no expropie. Pellonpää y Fitzmaurice, “Taking of Property in the Practice of the Iran- United States Claims Tribunal”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XIX, 1988, p. 67.

⁹⁷¹ El Chianti, A. Z., *op. cit.*, nota 912, p. 115.

⁹⁷² “No puede sostenerse que la intención del Estado prestatario fue someterse a una ley que no sea la suya como la aplicable respecto a la sustancia de sus deudas y la validez de las condiciones establecidas respecto de la misma, a menos que exista, sino una provisión expresa en este sentido, evidencia de que todas las circunstancias muestren irrefutablemente que esa fue la intención”. *Payment in gold of Brazilian Federal Loans Issued in France, cit.*, nota 532, p. 122.

⁹⁷³ El artículo 17 del acuerdo de concesión petrolera entre el Sheik of Abu Dhabi y Petroleum Development Ltd establecía “El Sheik y la compañía declaran que basarán la ejecución de este acuerdo en la buena fe y la sinceridad en la creencia y la interpretación

Cláusulas híbridas y de tronco común. Este caso es cuando se elige como ley aplicable los principios comunes de diversos sistemas legales.⁹⁷⁴

Cláusula de intangibilidad que puede definirse como la obligación por parte del Estado de no modificar, abrogar o hacer inejecutable la *lex contractus* unilateralmente⁹⁷⁵ mediante algún Poder Legislativo o administrativo posterior.⁹⁷⁶

de este acuerdo se hará de una manera consistente con la razón”. *Petroleum Development Ltd. vs. Sheik of Abu Dhabi* (1951) 18 International Law Reports 144. La cláusula 28 (7) del acuerdo de concesión petrolero entre Texaco Overseas Petroleum Co. and California Asiatic Oil Co. y Libia establecía que “la concesión será gobernada por la ley de Libia que sea común a los principios del derecho internacional, en ausencia por el derecho internacional general incluyendo aquellos principios aplicables por los tribunales internacionales. *Texaco Overseas Petroleum Co and California Asiatic Oil Co. vs. Libya, Texaco vs. Libya* (1977) 53 International Law Reports 289. El artículo III (2) del contrato de concesión entre Kuwait y American Independent Oil Co, establecía que “la ley que rige los aspectos sustanciales será determinada por el Tribunal, tomando en cuenta la calidad de las partes, el carácter transnacional de sus relaciones, los principios de derecho y la práctica prevaleciente del mundo moderno”. (1982) 21 International Law Materials 976.

⁹⁷⁴ El contrato entre dos empresas transnacionales involucradas en la construcción del canal que une a Francia con Inglaterra establece: “Clause 68: the construction, validity and performance of the contract shall in all respects be governed by and interpreted with the principles common to both English law and French law, and in the absence of such common principles by such general principles of international trade law as have been applied by national and international tribunals. Subject to the French and English public policy provisions”. *Channel Tunnel Group Ltd. vs. Balfour Beatty Construction Ltd.*, House of Lords [1993] AC 334.

⁹⁷⁵ El punto relevante de la cláusula de intangibilidad parece ser la no modificación unilateral del contrato. Rábago Dorbecker, Miguel, *Derecho de la inversión extranjera en México*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2004, p. 29.

⁹⁷⁶ Frignani, Aldo, *Il diritto del commercio internazionale. Manuale teorico pratico per la redazione del contratti*, II Edizione, Ipsoa Informatica, 1990, p. 97. Ejemplo de dicha cláusula es el numeral 16 del acuerdo de concesión entre Texaco Overseas Petroleum Co and California Asiatic Oil Co. y Libia que establecía que: “Los derechos contractuales expresamente creados por esta concesión no serán alterados excepto por mutuo consentimiento de las partes”. *Texaco Overseas Petroleum Co and California Asiatic Oil Co. vs. Libya, Texaco vs. Libya* (1977) 53 International Law Reports 289. Otro ejemplo de este tipo de cláusula la encontramos en Lena Goldfields, en cuyo arbitraje se dijo que “Lena estaba sometida a toda legislación existente y futura, pero sujeta a una calificativa extremadamente importante “hasta en tanto condiciones especiales no estuvieran consideradas en el acuerdo” (artículo 75); y el gobierno se comprometió a no alterar el Acuerdo por Orden, Decreto, u otro acto unilateral excepto con el consentimiento de Lena (artículo 76). El resultado de los artículo 75 y 76 fue completamente proteger la posición legal de Lena, esto es, prevenir que los derechos y obligaciones mutuas de las par-

Los tribunales arbitrales han señalado que las cláusulas de intangibilidad no son una prohibición de expropiación,⁹⁷⁷ pero que existe responsabilidad estatal a raíz de interferencia con la propiedad de un extranjero en virtud de que dichas cláusulas implican el principio de *estoppel o venire contra factum proprium*;⁹⁷⁸ es decir, el gobierno debe ser considerado como prevenido de actuar en contra de las expectativas legítimas que ha creado por sí mismo y ello se ve reflejado al momento de establecer el monto de la compensación.⁹⁷⁹

Una cláusula muy parecida a la intangibilidad es la de congelamiento, que es “el compromiso por parte del Estado contratante de que no cambiará los términos del contrato por acción legislativa, sin el consentimiento de la otra parte del contrato”.⁹⁸⁰ En este caso dicha cláusula congela el sistema legal nacional del Estado parte al momento de la conclusión del contrato.⁹⁸¹ La diferencia entre la cláusula de intangibili-

tes bajo el contrato fueran alteradas por cualquier acto del gobierno, legislativo, ejecutivo o fiscal o cualquier acción de autoridades locales o sindicatos”. *Lena Goldfields, Ltd vs. USSR* (1930), 36 Cornell Law Quarterly, (1950-51), p. 46.

⁹⁷⁷ Parece que puede sostenerse hoy día que el principio *pacta sunt servanda* en materia de CEI ha sido bastante calificado. De esta forma, autores claramente identificados como importantes autoridades en derecho internacional sostienen que dicho sistema legal reconoce el derecho del Estado parte de rescindir un CEI, y que en el caso operan las reglas de la expropiación. Una cláusula de estabilización suspendería dicha facultad. Bowett, Derek, “Claims between Status and Private Entities: the Twilight Zone of International Law”, *The Catholic University Law Review*, verano de 1986, vol. 35, p. 936. De esta forma, la ruptura unilateral del contrato CEI por el Estado no es en sí misma ilegal. Berlin, Dominique, “Les contrats d’États (state contracts) et la protection des investissements internationaux”, *Droit et Pratique du Commerce International*, vol. 13, núm. 2, 1987, p. 211.

⁹⁷⁸ Friedman, W., *op. cit.*, nota 79, p. 506.

⁹⁷⁹ El artículo 11 del contrato de concesión entre AMINOIL y Kuwait establecía: “ninguna alteración será hecha a los términos de este acuerdo ya sea por el Shaikh o por la compañía, excepto por acuerdo entre ambos” *Kuwait vs. American Independent Oil Co.*, AMINOIL, 1982, 66 International Law Reports 519.

⁹⁸⁰ Redfern, Alan y Hunter, Martin, *op. cit.*, nota 545, p. 102, aunque este autor prefiere llamarla de estabilización y no de intangibilidad.

⁹⁸¹ Ejemplo de una cláusula de congelamiento fue la establecida entre el gobierno de Jamaica y una compañía estadounidense en un contrato de concesión minero, dicho acuerdo contenía una cláusula de “no impuestos adicionales”, por la cual Jamaica se comprometía a no imponer impuestos o derechos reales adicionales a los establecidos en el contrato. En 1974 Jamaica emitió la Ley Impositiva sobre la Producción de Bauxita violando el acuerdo según lo determinó el tribunal arbitral *Kaiser Bauxite Company vs. The government of Jamaica*, 1975, 1 ICSID 296.

dad y la de congelamiento es que la primera hace referencia a la *lex contractus*, mientras que la segunda al *grundlegung* cuando éste es el sistema jurídico nacional del Estado parte.⁹⁸²

Debido a que las cláusulas de un acuerdo se vuelven progresivamente obsoletas conforme las condiciones económicas cambian, un inversionista razonable no puede esperar que el ambiente legislativo y fiscal de un país se congele en búsqueda de su seguridad jurídica. En este contexto es preferible estabilizar contratos con reglas claras de renegociación, señalando cuándo se satisfacen las condiciones para activar negociaciones, ya sea al cumplirse un plazo determinado, después de un cambio de circunstancias, tales como exceso de pérdidas o ganancias, cambios en precios de mercado, cambios en la estructura interna del mercado.⁹⁸³

De esta forma, la naturaleza de las cláusulas estabilizadoras ha cambiado de promesas de Estados soberanos de no modificar leyes a mecanismos de contratación comercial que especifican indemnizaciones por motivo de incumplimiento de obligaciones o cambios en las circunstancias, dando lugar a un mecanismo híbrido que combina estabilización con dispositivos renegociadores⁹⁸⁴ o cláusulas de reajuste.⁹⁸⁵

En este contexto, existen cláusulas estabilizadoras que no tornan rígido un contrato, son cláusulas que prevén indemnizaciones para el caso que la ley aplicable o la estructura del mercado sean modificadas. Un ejemplo de dicho tipo de consideraciones se prevé en la siguiente cláusula del proyecto de contrato de compromiso de capacidad de generación de energía eléctrica y compraventa de energía eléctrica asociada, proyecto CC Mexicali II, de la Comisión Federal de Electricidad, versión del 14 de marzo de 2002: Cláusula 17.1 que establece que "... los pagos mensuales... serán ajustados de conformidad con esta cláusula 17.1 si el productor incurre en

⁹⁸² Sin embargo, parece que si no existen herramientas estabilizadoras en el CEI, la ley aplicable es aquella al momento de la aplicación y no de suscripción del contrato. Delaume, Georges, "State Contracts and Transnacional Arbitration", *American Journal of International Law*, vol. 75, 1981, p. 805.

⁹⁸³ Kuruk, Paul, "Renegotiating Transnational Investment Agreements: Lessons for Developing Countries from the Ghana-Valco Experience", *Michigan Journal of International Law*, vol. 13, otoño de 1991, p. 79.

⁹⁸⁴ Wealde, Thomas y Ndi, George, "Stabilizing International Investment Commitments: International Law versus Contract Interpretation", *Texas International Law Journal*, núm. 216, primavera de 1996, pp. 219 y 220.

⁹⁸⁵ Delaume, Georges, *op. cit.*, nota 301, p. 3.

costos mayores o menores en relación con el cumplimiento de sus obligaciones derivadas de este contrato a causa de cambios en la Ley...”.⁹⁸⁶

Un punto final cabe señalar. La *potestas variandi* existente en algunos sistemas legales respecto del contrato administrativo no se da en el CEI debido a que es considerado en el derecho internacional un derecho adquirido.⁹⁸⁷ La idea de que con base en el interés público un Estado pueda modificar, anular, rescindir o no ejecutar obligaciones contractuales no es sos-

⁹⁸⁶ Y continúa: “...siempre que el valor neto acumulado de dichas variaciones de costos fuese superior a U. S \$100,000 por año. Dicha cantidad será actualizada cada año conforme a la variación del Consumer Price Index de los Estados Unidos de América, publicado por el Bureau of Labor Statistics del U. S. Department of Labor. Si el valor neto acumulado de dichas variaciones de costos fuere inferior a U. S. \$100,000 (tal como dicha cantidad sea actualizada) durante cualquier año, el monto al cual hubieren ascendido las variaciones de costos acumuladas durante tal año será considerado como saldo inicial para el cálculo del valor neto de las variaciones de costos correspondientes al año siguiente, debiendo ajustarse los pagos mensuales de conformidad con esta cláusula 17.1, cuando el valor neto de tales variaciones alcance U. S. \$100,000 (tal como dicha cantidad sea actualizada). Cualquiera de las partes podrá notificar a la otra la ocurrencia de cambios en la Ley que aumenten o disminuyan los costos del productor por un monto superior al mencionado en esta cláusula 17.1, en la inteligencia de que el ajuste previsto en esta cláusula 17 no será aplicable con respecto a cambios en la Ley cuyo impacto económico sea reflejado directa o indirectamente mediante algún otro mecanismo de ajuste previsto en este contrato. Dentro de los 30 días posteriores a dicha notificación, el productor deberá entregar a la Comisión un estimado por escrito del aumento o disminución en los costos que se derive de los cambios en la Ley, una propuesta para el ajuste de los pagos mensuales y un análisis de los fundamentos de dicha propuesta (colectivamente, el “ajuste estimado”). El productor deberá hacer sus mejores esfuerzos para minimizar cualquier aumento o maximizar cualquier disminución, según sea el caso, en costos que resulte de cambios en la Ley”. Dicha disposición se complementa con la siguiente de no responsabilidad del inversionista extranjero por cambio en la ley hecha por el Estado huésped: “17.6 No responsabilidad del productor. Para los efectos previstos en esta cláusula 17, el productor no será responsable por falta de cumplimiento de cualesquiera de sus obligaciones derivadas del contrato en la medida y por el tiempo en que dicho cumplimiento no fuese posible como resultado de actos que el productor necesariamente deba adoptar a fin de cumplir con un cambio en la Ley, en el entendido de que el productor deberá efectuar sus mejores esfuerzos y actuar con la debida diligencia para, en cuanto sea posible, concluir las acciones requeridas de acuerdo con las prácticas prudentes de la industria para cumplir con un cambio en la Ley”.

⁹⁸⁷ En el derecho anglosajón “se llama derecho adquirido a aquel derecho que completa y definitivamente una persona ha hecho suyo de forma que no puede ser cancelado o desafiado por un acto de otra persona, por lo que tanto en derecho como en equidad el gobierno debe reconocerle y protegerle como legal, de forma que su titular no puede ser arbitrariamente privado del mismo sin que ello sea considerado una injusticia y solamente puede ser privado por los métodos procesales establecidos y por necesidad pública”.

tenida en el derecho internacional contemporáneo.⁹⁸⁸ La razón es que el gobierno crea en la parte con quien acuerda la expectativa legítima de que una situación particular continuará, y, por lo tanto, la obligación del gobierno a actuar de buena fe, con actitud consistente y sin violar el acuerdo contractual que se espera.⁹⁸⁹

VI. VIDA DEL CONTRATO

1. *No ejecución*

La no ejecución de una obligación establecida en un CEI puede estar justificada legalmente o no; es decir, el no ejecutar una obligación puede deberse a una excusa legal válida o no. Los efectos de uno u otro caso son distintos; en principio, la parte afectada no se encuentra legitimada a reclamar daños o ejecución específica por no ejecución justificada.⁹⁹⁰ Las circunstancias en que un Estado no ejecute un contrato con un extranjero son críticas y básicamente pueden enmarcarse en dicha dicotomía. Algunos autores han sostenido que la dicotomía se basa en la distinción entre

Black's Law Dictionary, Minnesota, West Publishing, Centenal Edition 1991. En el derecho internacional privado “la expresión derecho adquirido... evoca un derecho cuyos elementos constitutivos han sido ya realizados en su totalidad. Esta expresión es corriente cuando se habla de conflictos de leyes en el tiempo; el cambio de legislación no influye sobre los derechos creados con anterioridad al mismo”. El reconocimiento de los derechos adquiridos es tan importante que se sostiene que “ninguna relación internacional sería posible si los derechos adquiridos en un país no pudiesen conservarse en los demás”. Niboyet, J. P., *op. cit.*, nota 4, pp. 13 y 14. Finalmente, “el principio de los derechos adquiridos... forma parte del derecho internacional generalmente aceptado”, *Certain German Interests in Upper Silesia (Factory of Chorzow case)*, *op. cit.*, nota 143, pp. 4-107 (p. 42).

⁹⁸⁸ Cherian, Joy, *Investment Contracts and Arbitration*, Leyden, Sijthoff, 1975, p. 13.

⁹⁸⁹ Domke, Martín, *op. cit.*, nota 758, p. 594.

⁹⁹⁰ “Se confunde la cuantificación de *daños* debidos a la violación de un contrato con la regla de *compensación justa* con motivo de la toma de propiedad por el *poder de dominio eminente*. Al fijar la compensación justa, la Corte debe considerar el valor del contrato al tiempo de su cancelación, no lo que hubiera producido por motivo de ganancias para la Car Company, si es que hubiera sido completamente ejecutado. Es evidente que ninguna *persona prudente*, que deseara adquirir este contrato, hubiera pagado por él, el monto total de lo que hubiese sido producido hasta completarlo.... El contrato, hemos asumido, se concluyó considerando la prospectiva de su cancelación, debido a que la Ley era obligatoria y debía haber sido leída junto con el contrato”. *Russell Motor Car Co. vs. US 261 U. S. 514 (1923)*, USSC.

actos *iure gestionis* y *iure imperii*, de forma que si la no ejecución del contrato se realiza en ejercicio de un poder contractual (*iure gestionis*) no surge responsabilidad internacional; mientras que si la terminación del contrato se realiza en ejercicio de un poder soberano (*iure imperii*) surge la responsabilidad internacional.⁹⁹¹

Matizando, podemos ver que la responsabilidad internacional por no ejecución de un contrato internacional no se basa en la contraposición *iure gestionis* vs. *iure imperii*, sino en que la no ejecución constituya o no un incumplimiento, es decir, se haya hecho en ejercicio de un poder legal o se haya hecho ilegalmente, el ejercicio del *iure imperii* puede ser ilegal. Es simplemente la distinción entre acto ilegal que genera responsabilidades y acto legal que no las genera.⁹⁹²

Si la no ejecución de un CEI se realiza en contravención a “una obligación de un tratado, de un acuerdo especial entre el gobierno y los extranjeros, o de un principio de derecho internacional reconocido, la medida se torna *per se* un ilícito⁹⁹³ que implica responsabilidad internacional”.⁹⁹⁴ Un *acto de poder* no necesariamente implica el ejercicio de un *derecho* por parte del Estado.⁹⁹⁵

Así, la no ejecución de obligaciones establecidas en una norma convencional sin una justificación legal válida no extingue (termina) la norma convencional, sino que da lugar a un derecho procesal para la parte afectada a buscar la ejecución del contrato o la rescisión⁹⁹⁶ del mismo.⁹⁹⁷

⁹⁹¹ Carlston, Kenneth, *op. cit.*, nota 301, p. 267.

⁹⁹² “El Estado sólo incurrirá en responsabilidad si el acto no únicamente causa daño a un extranjero, sino que además al mismo tiempo esté marcado por un elemento de ilegalidad, de lo cual el más claro ejemplo es la ignorancia de un tratado”. “Responsabilidad de los Estados por daños causado en su territorio a personas o propiedad extranjera”. League of Nations Document, C. 75. M. 69, 1929, *American Journal of International Law*, vol. 24, Issue 1, enero de 1930, p. 48.

⁹⁹³ Llamado por los escritores anglosajones *tort*. *Cfr.* Parry, Clive, “Some Considerations upon the Protection of Individuals in International Law”, *Recueil des Cours*, vol. II, t. 90, 1956, p. 689. Un *tort* es un mal o un daño que resulta del incumplimiento de un deber legal que existe por virtud de expectativas sociales en relación con la conducta personal, en vez de un contrato o una relación privada. North Eastern Reporter, second series, 254, 259.

⁹⁹⁴ Domke, Martín, *op. cit.*, nota 758, p. 585.

⁹⁹⁵ Carlston, Kenneth, *op. cit.*, nota 301, p. 271.

⁹⁹⁶ “Terminación” es el vocablo utilizado en el argot del comercio internacional.

⁹⁹⁷ La Corte Internacional de Justicia ha sostenido al respecto que inclusive en el caso de que las dos partes de un tratado incumplan sus obligaciones mutuamente “ello no lleva al tratado a su fin ni justifica su terminación. La Corte sentaría un precedente de implica-

¿Bajo qué circunstancias surge responsabilidad internacional para un Estado que se rehúsa a ejecutar un contrato internacional? Como regla general, la no ejecución de un contrato es legal si se da en ejercicio de un derecho establecido por una norma, sea esta contractual o del sistema legal en el que está inscrito el contrato, norma que permita no ejecutar el contrato.

Dentro de los supuestos de no ejecución justificada tenemos para el caso de convenciones bilaterales con deberes jurídicos idénticos o recíprocos para ambas partes la excepción *non adimpleti contractus*.⁹⁹⁸ La excepción de contrato no cumplido es reconocida en la contratación comercial internacional e incorporada por el Unidroit,⁹⁹⁹ la excepción sostiene que cuando una parte no cumple su obligación, y la otra, a consecuencia de dicho actuar, llegare a incumplir su deber, entonces la primera carece de derecho para exigir a la segunda el cumplimiento. Este principio se basa en el concepto más amplio de que nadie puede beneficiarse de su propio mal.¹⁰⁰⁰ De esta forma, la rescisión de una concesión de limpieza en un municipio en ejercicio de un derecho contractual, debido a la falta de cumplimiento por parte de los concesionarios, fue razón suficiente para que un tribunal arbitral sostuviera la legalidad de dicha rescisión.¹⁰⁰¹

El principio citado se conoce en la tradición romana como *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (la acción en justicia será negada al actor, cuando invoque en apoyo de su demanda un acto inmoral que haya realizado) y en la tradición anglosajona como *clean hands doctrine* (en jurisdicción de equidad no se otorgará remedio a una parte, que siendo

ciones trastornadoras en las relaciones contractuales y en la integridad de la norma *pacta sunt servanda* si concluyera que un tratado en fuerza entre Estados... puede ser anulado de manera unilateral bajo el argumento de incumplimiento recíproco". *Case concerning the Gabčíkovo Nagymaros project*, Hungary/Slovakia, ICJ, 1997.

⁹⁹⁸ En el derecho anglosajón se reconoce a dicha excepción procesal con el nombre de *non-performance*.

⁹⁹⁹ Artículo 7.1.3., *op. cit.*, nota 867.

¹⁰⁰⁰ Con esto en mente, la Corte Permanente de Justicia Internacional sostuvo en el caso *Chorzow Factory* que "una parte no puede avalarse a sí misma del hecho de que la otra no ha cumplido alguna obligación... si la primera parte ha, por algún acto ilegal, impedido a la última el cumplimiento de la obligación en cuestión", esto porque el principio de que una parte no puede tomar ventaja de su propio mal, es "generalmente aceptado en la jurisprudencia internacional arbitral, así como por las cortes nacionales". *Chorzow Factory, Germany vs. Poland*, PCIJ, Jurisdicción, 1927.

¹⁰⁰¹ *Robert Azinian et al vs. The United Mexican States*, ICSID, ARB (AF)/92/2, noviembre de 1999.

actor busque ejercer acción si tal parte en una conducta previa ha violado un principio de conciencia o de buena fe. Quien busque equidad no debe tomar ventaja de su mal).¹⁰⁰²

Otros supuestos de no ejecución justificada de obligaciones contractuales en el caso del CEI son frustración, imposibilidad de ejecución y fuerza mayor, los mismos se entrelazan y confunden en el derecho comercial internacional; no obstante, es importante distinguirlos.

En el supuesto de frustración se excusa la promesa de ejecución de una obligación en situaciones donde los objetivos del contrato han desaparecido por circunstancias posteriores a la suscripción del compromiso debido a razones más allá del control de las partes.¹⁰⁰³ La ejecución de las obligaciones en el caso de frustración se encuentra excusada no obstante que no exista impedimento real para ejecutarlas.

Por su parte, el supuesto de imposibilidad de ejecución (*impossibility of performance*) “requiere la desaparición permanente o destrucción del objeto indispensable para la ejecución del tratado”.¹⁰⁰⁴ La presencia de imposibilidad de ejecución libera a una de las partes del convenio de su obligación, cuando el cumplimiento de la misma es imposible.¹⁰⁰⁵

La imposibilidad de ejecución debe ser objetiva y no simplemente sujeta por quien la sostiene. Para que opere se exige a la parte que reclama imposibilidad de ejecución que llegue al reclamo con las *manos limpias*, “imposibilidad de ejecución no puede ser invocada para terminar

¹⁰⁰² A este respecto, la Corte Permanente de Justicia Internacional sostuvo: “Un principio importante de equidad es «quien busque equidad debe obrar conforme a la equidad»; cuando dos partes han asumido obligaciones idénticas o recíprocas, una parte que ha incurrido en una continua falta de cumplimiento de dicha obligación no debe ser permitida que tome ventaja de un incumplimiento similar de dicha obligación por la otra parte”. *The diversion of water from the Meuse, Netherlands vs. Belgium*, 1937, PCIJ.

¹⁰⁰³ La doctrina de la frustración nace en el *common law*. En Estados Unidos el término frustración se acota a situaciones donde es posible ejecutar un contrato pero dicha ejecución perdió su sentido. El ejemplo clásico de frustración es el contrato que permite utilizar un departamento con vista a un desfile en un día en especial, en el caso de que dicho evento se posponga por motivos de enfermedad de la reina del desfile, el contrato se ha frustrado.

¹⁰⁰⁴ *Case concerning the Gabčíkovo Nagymaros project*, Hungary/Slovakia, ICJ, 1997.

¹⁰⁰⁵ En Inglaterra, el término frustración se usa para cubrir casos de imposibilidad de ejecución como el de frustración señalado por el desfile. Perillo, Joseph, “Force Majore and Hardship under the Unidroit Principles of International Commercial Contracts”, *Contratación internacional. Comentarios a los principios sobre los contratos comerciales internacionales del Unidroit*, México, UP-UNAM, 1998, p. 111.

un tratado por una parte del mismo cuando resulta de la violación de dicha parte a una obligación que nace del tratado”.¹⁰⁰⁶

En el derecho internacional general se ha distinguido entre imposibilidad de ejecución y “fuerza mayor”. Imposibilidad de ejecución es una excepción que da derecho a la parte afectada a reclamar la rescisión (terminación) de la norma convencional; fuerza mayor sirve como defensa para evitar que nazca la *responsabilidad* por incumplimiento de la norma convencional,¹⁰⁰⁷ esto mientras las condiciones de fuerza mayor prevalezcan, pero una vez que la fuerza mayor se esfume la obligación derivada de la norma convencional es completamente exigible.¹⁰⁰⁸

¹⁰⁰⁶ *Case concerning the Gabčíkovo Nagymaros project*, Hungary/Slovakia, ICJ, 1997.

¹⁰⁰⁷ El proyecto de contrato de compromiso de capacidad de generación de energía eléctrica y compraventa de energía eléctrica asociada, proyecto CC Mexicali II, de la Comisión Federal de Electricidad, versión del 14 de marzo de 2002, establece en su cláusula 16.1 lo siguiente: “Exención de responsabilidad por incumplimiento. Salvo por disposición en contrario contenida en este Contrato, ninguna de las Partes será responsable por el incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones en la medida y por el plazo en que la imposibilidad de cumplimiento de la parte afectada se deba a caso fortuito o fuerza mayor. La parte que alegue caso fortuito o fuerza mayor deberá efectuar sus mejores esfuerzos, incluyendo el gasto de sumas razonables, para subsanar, mitigar o remediar los efectos de caso fortuito o fuerza mayor”.

¹⁰⁰⁸ En los términos generales y condiciones de la planta para almacenamiento y regasificación de Gas Natural Licuado a establecer en Baja California México por Chevron-Texaco de Mexico, S. A. de C. V., proyecto de octubre de 2002, se estableció como cláusula de force majeure la siguiente: “Neither party shall be liable for any failure or delay in performance under this Agreement (other than for delay in the payment of money due and payable hereunder) to the extent said failures or delays are proximately caused by causes beyond that party’s reasonable control and occurring without its fault or negligence, including, without limitation natural disasters as earthquakes, hurricanes or floods, wars, riots terrorism or other major upheaval, labor actions by employees, social disruption, demonstrations or blockings and/or failure of suppliers, subcontractors, and carriers, or party to substantially meet its performance obligations under this Agreement, provided that, as a condition to the claim of non-liability, the party experiencing the difficulty shall give the other prompt written notice, with full details following the occurrence of the cause relied upon. Dates by which performance obligations are scheduled to be met will be extended for a period of time equal to the time lost due to any delay so caused. Chevron Texaco de Mexico S. A. de C.V. Terminal and Liquefied Natural Gas Supplier will negotiate appropriate force majeure provisions such that should either ChevronTexaco de Mexico S.A. de C.V. Terminal or Liquefied Natural Gas Supplier be rendered unable, wholly or in part, by force majeure to carry out its obligations under the Service Agreement, the obligations of such Party, so far as they are affected by force majeure, and the other Party’s corresponding obligations shall be suspended during the continuance

En este sentido, *fuerza mayor* actúa como un escudo, no como una espada.¹⁰⁰⁹

Un punto es relevante: ¿puede el incumplimiento de obligaciones contractuales por parte del Estado dar lugar a una confiscación o expropiación del derecho en cuestión, o al menos la conducta ser considerada como una medida equivalente a expropiación de tal derecho? En el derecho internacional se ha buscado distinguir entre una falla o rechazo a cumplir con un contrato y conducta que cruza el umbral de la confiscación o la expropiación. La respuesta que los tribunales han dado es poco satisfactoria y se basa en la distinción público *vs.* privado:

Cualquier parte privada puede fallar en la ejecución de sus contratos, mientras que la nacionalización y la expropiación son inherentemente actos gubernamentales... la respuesta normal de un inversionista que enfrenta una violación a un contrato por su contraparte gubernamental... es demandar en una Corte apropiada para remediar la violación. Es solamente cuando tal acceso es legal y prácticamente imposible que la violación puede equivaler a una definitiva negación del derecho.¹⁰¹⁰

Finalmente, en el derecho comercial internacional es muy común encontrar cláusulas que limiten la responsabilidad de la parte que incumplió la norma convencional y no llevó a cabo la ejecución de la obligación que le correspondía. Bajo el principio de libertad de contratación dichas cláusulas son válidas mientras permanezcan dentro de límites razonables, de forma que ciertos tribunales arbitrales han ignorado aquellas que aparecen groseramente injustas de forma que el considerarla válida tendría como efecto romper el balance entre las prestaciones de las partes.¹⁰¹¹

of any inability so caused, but for no longer period, and such cause shall, so far as possible, be remedied with all reasonable dispatch. Where practical, the Party affected by force majeure shall give notice of the occurrence to the other”.

¹⁰⁰⁹ Crawford, James, *op. cit.*, nota 361, p. 160.

¹⁰¹⁰ *Waste Management, Inc., vs. United Mexican States (award)*, ICSID, facilidades adicionales, caso ARB(AF)/00/3, 30 abril 2004, párrafo 174.

¹⁰¹¹ Así, por ejemplo, en los contratos de licencia de usuario final de los productos software vendidos por Hewlett Packard Company a lo largo del mundo se establece: “Limitación de responsabilidad. No obstante cualesquiera daños en que pueda incurrir, la responsabilidad completa de HP y de sus proveedores, bajo la disposición del presente contrato y su único recurso legal en el futuro, estará limitada a la cantidad realmente pagada por usted

2. Remedios

En la parte correspondiente a la teoría general del contrato concluimos que toda violación a un deber legal genera responsabilidad,¹⁰¹² que cuando el deber violado es debido a un integrante del sistema jurídico en particular, *erga singulum*, la violación constituye una “injuria” directa, y que cuando el deber que se violó no corresponde a una persona en particular, sino a la comunidad jurídica como un todo, *erga omnes*, la violación es “injuria” indirecta.

Vimos que todo incumplimiento de un “deber jurídico” al generar, al menos, la injuria indirecta da lugar al surgimiento de responsabilidad, y que la “responsabilidad” que surge del incumplimiento de un “deber jurídico” implica la creación de nuevas relaciones jurídicas distintas a las relaciones que se violaron.¹⁰¹³

Finalmente, señalamos que en un sistema jurídico tan simple y llano como el internacional, el responsable tiene, al menos, el deber jurídico de: a) *Cesar y no repetir el incumplimiento* del deber jurídico primario,¹⁰¹⁴

por el producto de software de forma independiente o a U. S. \$5.00 en todo lo que permita la ley vigente, en ningún caso HP o sus proveedores serán responsables por daños especiales, incidentales, indirectos o directos (incluyendo pero sin limitarse a daños por lucro cesante o información confidencial o de otra índole), por interrupción de negocios, por daños personales, por pérdida de la privacidad que resulten o estén relacionados de alguna manera con el uso del producto de software o su incapacidad de uso o en lo relacionado con la disposición del presente contrato, inclusive en el caso de que HP o su proveedor hayan sido advertidos de la posibilidad de tales daños e inclusive si el recurso fracasa en su propósito esencial. Algunos Estados o jurisdicciones no permiten la exclusión o limitación de daños incidentales o directos, en tal caso la limitación o exclusión de responsabilidad antes mencionada no se aplica a usted”.

¹⁰¹² De esta forma se ha dicho que “cualquier violación de un Estado de cualquier obligación, cualquiera que sea su origen [costumbre, tratado, principio general de derecho], da lugar a responsabilidad estatal”. *Rainbow Warrior*, Nueva Zelanda/Francia, 1987, RIAA, vol. XX, p. 217 (1990).

¹⁰¹³ García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 97, p. 178.

¹⁰¹⁴ La Corte Internacional de Justicia ha dicho: “una situación ilegal no puede permanecer sin consecuencia” refiriéndose a la ilegalidad de la presencia de Sudáfrica en Namibia después de la terminación del Mandato que hizo el Consejo de Seguridad, agregando “Sudáfrica siendo responsable, tiene la obligación de ponerle un fin. Los Estados miembros de las Naciones Unidas están obligados a reconocer la ilegalidad e invalidez del acto y abstenerse a brindar apoyo o asistencia y abstenerse de establecer relaciones contractuales con Sudáfrica en casos en los que actúe a nombre de Namibia” concluyendo

b) *reparación por la injuria ocasionada*.¹⁰¹⁵ Cesación y no repetición son parte importante en la restauración de la relación legal afectada por el incumplimiento del deber jurídico y del estado de derecho mismo. Normalmente, los sistemas jurídicos buscan que la situación prevista por el sistema legal se restaure. El remedio de cesación y no repetición es conocido en derecho internacional bajo el nombre de *injunctive relieve*, que en derecho anglosajón es un remedio otorgado con el propósito de requerir a una parte se abstenga de hacer o continuar haciendo un acto o actividad particular. Usualmente fue utilizado por las cortes de equidad para restringir a las partes a conducirse de acuerdo con la “equidad y buena conciencia”.¹⁰¹⁶

Señalamos también que la reparación por la injuria ocasionada puede cobrar multitud de formas. De esta forma se ha dicho que “la naturaleza del remedio [reparación] significa una medida sobre la identificación precisa de la violación legal”.¹⁰¹⁷ En el derecho internacional, la restitución¹⁰¹⁸ es la forma primaria de reparación, pero puede ser el caso de que

“la terminación del Mandato y la declaración de ilegalidad de la presencia de Sudáfrica son oponibles a todos los Estados en el sentido de impedir *erga omnes* la legalidad de una situación que se mantiene en violación al derecho internacional”. *Legal consequences for States of the continued presence of SA in Namibia SWA n/w SC res 276 (1970), ICJ 1971.*

¹⁰¹⁵ Comentando sobre los sucesos de la toma de la embajada de los Estados Unidos por estudiantes y el apoyo subsiguiente del gobierno de Irán a tales hechos, la Corte Internacional de Justicia dijo: “la acción requerida por el derecho general internacional [como contrapuesto al derecho internacional particular generado por tratados] a Irán era que hiciera todo esfuerzo para llevar la flagrante violación a un final rápido, reestablecer el status quo y ofrecer reparación por el daño” *US diplomatic and consular staff in Tehran case (Hostages Case), US vs. Iran, ICJ, 1980, p. 68.*

¹⁰¹⁶ En el derecho romano al lado de los derechos consagrados por el *ius civile*: leyes y costumbres, cuya violación daba derecho al ejercicio de una acción, había relaciones que no tenían el carácter preciso de un derecho. En caso de desavenencia entre dos personas, el magistrado dictaba una regla para las dos partes, *inter duos edictum*, luego conocida como *interdictum*, que era como una ley particular que regulaba el negocio sometido a su jurisdicción. Normalmente el *interdictum* ordenaba a las partes hacer o dejar de hacer y se dividían en prohibitorios, restitutorios y exhibitorios. Petit, E., *op. cit.*, nota 296, pp. 807-809.

¹⁰¹⁷ Higgins, Rosalyn, “The Taking of Property by the State : Recent Developments in International Law”, en *Recueil des Cours*, vol. III, t. 176, 1982, p. 314.

¹⁰¹⁸ En la tradición anglosajona, la restitución es un remedio de la jurisdicción de equidad consistente en que a una persona se le restaure a su posición original antes de la pérdida o daño, o se le coloque en la posición en que hubiera estado si la violación no hubiera ocurrido. Como remedio está disponible para prevenir enriquecimiento injusto, para corregir un pago realizado por error, y para permitir a la parte agraviada recuperar depó-

la misma sea imposible y entonces opera la compensación (*damages*).¹⁰¹⁹ En algunos sistemas jurídicos la reparación puede incluir castigo, por ejemplo, pago de daños ejemplares,¹⁰²⁰ mientras que en otros sistemas legales, como el derecho internacional, no se incluyen.

Cabe señalar que el remedio de daños es herencia del derecho anglosajón, sin embargo, algunos tribunales ordenan compensación no con motivo de daños, sino de enriquecimiento ilegítimo,¹⁰²¹ institución más familiar al derecho romano. Así, en *Lena Goldfields*, el tribunal arbitral señaló que los planes quinquenales que afectaban la concesión eran una violación al contrato mismo,¹⁰²² por lo que Lena: *a*) resultaba liberada de la carga de obligaciones futuras, y *b*) tenía derecho a ser compensada en

sitos dados como anticipo de un contrato. En equidad la restitución es esencialmente la medida de los daños. En *common law* aunque restitución y daños están disponibles, son dos remedios excluyentes. *Restatement of the law, Restitution*, p. 1.

¹⁰¹⁹ Indemnización monetaria por los daños sufridos. “El principio esencial contenido en la noción de acto ilegal —principio que parece estar establecido por la práctica internacional y en particular por las decisiones de los tribunales arbitrales— es que la reparación debe, tanto como sea posible, limpiar las consecuencias del acto ilegal y reestablecer la situación que hubiera, con toda probabilidad, existido si dicho acto no se hubiese cometido. Restitución en especie y sino es posible pago de una suma correspondiente al valor de la restitución en especie”, *Chorzow factory case, Germany vs. Poland*, Merits, PCIJ, 1928.

¹⁰²⁰ En la tradición anglosajona, los daños son un remedio consistente en una indemnización en forma de *compensación monetaria* que puede ser recuperada en las cortes por cualquier persona que ha sufrido una pérdida, detrimento o daño, ya sea hacia su persona, propiedad o derechos, a través de un acto ilegal, omisión o negligencia de otro. Una suma de dinero otorgada por las cortes a una persona dañada por un acto de *tort* o por violación de un contrato. Los daños pueden ser *compensatorios* o *punitivos* (ejemplares) dependiendo de si se otorgan como medida de la pérdida real o como compensación en exceso de daños reales. Daños reales deben haber sido otorgados antes de que daños ejemplares puedan ser encontrados, los daños ejemplares surgen con motivo de malicia o comportamiento inadecuado deliberado. *Black's law dictionary*, West Publishing Co., St Paul MN, 1991.

¹⁰²¹ Se ha dicho que el principio de enriquecimiento ilegítimo tiene lugar debido a que un Estado no puede tomar ventaja del hecho de que recursos de otro Estado hayan entrado a su esfera territorial y se enriquezca así mismo con tales recursos a expensas de su vecino. Carlston, Kenneth, *op. cit.*, nota 301, p. 266.

¹⁰²² La opinión prevaleciente es que el Estado se torna internacionalmente responsable si emite una legislación incompatible con una concesión que ha otorgado, o con un contrato que ha hecho con un extranjero. “Responsabilidad de los Estados por daños causado en su territorio a personas o propiedad extranjera”. League of Nations Document, C. 75. M. 69, 1929, *American Journal of International Law*, vol. 24, Issue 1, enero de 1930, p. 49.

dinero por el valor de los beneficios de los que había sido ilegalmente privada. Frente a una violación al contrato lo normal en derecho anglosajón hubiera sido otorgar daños, pero el tribunal prefirió igualar la violación al “enriquecimiento ilegítimo”,¹⁰²³ señalando que “el problema era, por lo tanto, similar a aquél de fijar un precio por una compra justa de una empresa en marcha”.¹⁰²⁴

La responsabilidad que surge ante el incumplimiento de un “deber jurídico” se genera por ministerio de ley, es decir, no tiene que ser pactada ni se deriva de la relación jurídica generada por el “deber jurídico” y el “derecho reflejo”.¹⁰²⁵

Resulta importante subrayar que la responsabilidad surge no solamente del incumplimiento de una obligación pactada e incorporada en la norma convencional, sino de cualquier obligación que regule la norma contractual, una violación a una disposición del *grundlegung*. Así, en la fase precontractual la violación al deber de no revelar información confidencial de la contraparte genera responsabilidad.

Ahora bien, en principio la parte agraviada tiene derecho a que el agravio sufrido sea totalmente reparado. En el caso de daños opera el principio de completa compensación, lo cual incluye daño sufrido al honor, a la estética, daño futuro (en la probabilidad de su ocurrencia)

En el derecho de la contratación internacional opera el principio de que la reparación es total si la parte agraviada por su parte mitigó el daño, ya que si la parte agraviada contribuyó al daño sufrido, resulta injusto que la contraparte repare totalmente por injurias de las cuales no es totalmente responsable.

¹⁰²³ El uso de la figura de enriquecimiento ilegítimo en el derecho internacional ha sido muy criticada porque sus detractores sostienen que entre las naciones, la equidad y la justicia es un concepto mucho más complejo y elusivo que los conceptos en derecho nacional de *cause* o *consideration* en los contratos. Una decisión de que un Estado se ha enriquecido a costa de otro o de propiedad extranjera es muy compleja e involucra el examen no sólo de los títulos legales, sino de la historia económica política entre las partes. Friedman, Wolfgang, *op. cit.*, nota 301, p. 296.

¹⁰²⁴ *Lena Goldfields, Ltd vs. USSR (1930)*, 36 *Cornell Law Quarterly*, (1950-51), p. 51.

¹⁰²⁵ De esta forma, la Corte Permanente de Justicia Internacional sostuvo que “es un principio del derecho internacional que una violación a un compromiso implica la obligación de reparación en una forma adecuada. Reparación es por lo tanto el complemento indispensable de la falla en cumplir una convención y no hay necesidad de que esto sea establecido en la convención misma. *Chorzow Factory Case, Germany vs. Poland*, Jurisdiction (reparation), PCIJ, 1927, p. 21.

Aparte de restitución y compensación existen otros remedios en contratación internacional que vale la pena comentar:

En los CEI a veces lo pertinente es buscar la preservación del contrato. Una de las formas de preservarlo ante una violación es dar a la parte que no ha llevado a cabo el cumplimiento de su obligación la oportunidad de cumplirla. El efecto es extender el tiempo de ejecución más allá del establecido en el contrato originalmente. El si esta solución es adecuada depende de las circunstancias, es necesario valorar en el caso concreto si la cura será exitosa en resolver el problema o si lo más probable es que el retraso en la ejecución la haga irrazonable y la lleve a constituir una violación sustancial del contrato. La noticia de cura debe darse a la parte afectada inmediatamente y de cualquier forma la parte que incumplió sigue siendo responsable por los daños ocasionados al no cumplir en tiempo.

En el caso de no ejecución de una obligación contractual, la parte agraviada puede solicitar también la ejecución de la obligación, solicitar la ejecución específica¹⁰²⁶ de la obligación, si se cubren las siguientes condiciones:

- a) La ejecución no sea imposible en derecho ni hecho.
- b) La ejecución no sea irrazonablemente gravosa.
- c) La parte legitimada a pedir la ejecución específica no pueda obtener dicha ejecución de otras fuentes.
- d) La ejecución no sea de carácter personal.

Otro remedio es la rescisión o terminación de un contrato, este remedio tiene lugar cuando la no ejecución de las obligaciones convencionales equivale a una violación sustancial del contrato. Hemos visto que en el caso de *force majeure*, la norma deja de ser exigible de ma-

¹⁰²⁶ *Specific performance*: en la tradición anglosajona, remedio de la jurisdicción de equidad consistente en la ejecución exacta de un contrato en la forma específica en que fue hecho, o de acuerdo con los términos precisos en que se acordó. El cumplimiento real de un contrato por la parte que esta obligada a llevarlo a cabo. La doctrina de ejecución específica, sostiene que otorgar daños pecuniarios resulta inadecuado como compensación por la violación de un acuerdo, el deudor o vendedor están obligados a ejecutar específicamente lo que ha sido acordado. A diferencia de daños, que pueden hacerse cumplir en contra de la propiedad, ejecución específica, requiere que la parte en contra de quien el decreto es dirigido haga un acto en particular bajo pena de ser encarcelado si no lo lleva a cabo. *Black's Law Dictionary*, West Publishing Co., St Paul MN, 1991.

nera temporal, esto es mientras prevalece la situación de *force majeure*.¹⁰²⁷ En el caso de una violación sustancial (*material breach*) de la convención existe la posibilidad de que la norma convencional deje de ser obligatoria de manera indefinida, para ello se requiere que: *a*) se presente una repudiación no permitida a la norma convencional, o *b*) se dé una violación a una provisión que sea esencial para el cumplimiento del objeto y propósito de la norma convencional.¹⁰²⁸ Así, la violación a la convención no puede ser menor.

Comentado sobre si el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas estaba facultado para dar por terminado el Mandato que permitía a Sudáfrica encargarse de Namibia, en virtud de las violaciones que la primera había cometido en el ejercicio del mismo, la Corte Internacional de Justicia sostuvo que “la parte que deshonra o no cumple sus obligaciones no puede ser reconocida manteniendo los derechos que clama derivan de dicha relación”, y agregó:

De acuerdo con un principio general de derecho internacional, incorporado en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, el derecho a rescindir (terminar) un tratado sobre la base de una violación debe ser presumida que existe respecto de todos los tratados y el consentimiento del violador a tal forma de terminación no puede ser requerido.¹⁰²⁹

Respecto a los efectos de la terminación del tratado, la Corte dijo:

Una situación ilegal no puede permanecer sin consecuencia. Sudáfrica, siendo responsable tiene la obligación de poner un fin [*a la situación ilegal*]. Los miembros de las Naciones Unidas están obligados a reconocer la ilegalidad y la invalidez de dicho acto y abstenerse de brindar apoyo y asistencia, así como abstenerse de entrar en relaciones contractuales con Sudáfrica en casos en los que actúe a nombre de Namibia... la terminación del Mandato y la declaración de la ilegalidad de la presencia de Sudáfrica son oponibles a

¹⁰²⁷ D'Hollander, Juliette y Lefebvre, Guy, *Le contrat international d'ingénierie-construction: étude comparée des contrats-types et de la pratique contractuelle des sociétés québécoises*, Centre de Recherche en Droit Public, Université de Montréal, vol. 32, marzo de 2000, pp. 98 y ss.

¹⁰²⁸ Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, 1969, artículo 60.

¹⁰²⁹ *Legal consequences for States of the continued presence of SA in Namibia SWA n/w SC res 276 (1970)*, Advisory Opinión, 1971, ICJ.

todos los Estados en el sentido de que impide *erga omnes* la legalidad de una situación que es mantenida en violación al derecho internacional.¹⁰³⁰

La violación sustancial puede tener lugar tanto en convenciones, *quid pro quo*, bilaterales como en convenciones que generen deberes jurídicos, en beneficio de terceros, tal fue el caso del mandato de Namibia, donde el objeto del mandato era el *sacred trust of civilization* en beneficio del pueblo de Namibia.

Per se la violación sustancial no termina la convención, sino que simplemente da derecho a que la parte afectada invoque la violación como base para dar por terminada la norma convencional. En el derecho internacional, y con base en la experiencia del caso de Namibia parece ser que no es necesario invocar dicha suspensión ante una Corte, ni ejercer ninguna *actio* al respecto. Es también importante tomar en cuenta que el alegato de violación sustancial puede no ejercerse si existen normas superiores en el sistema legal correspondiente, y en este sentido la excepción de violación sustancial no puede alegarse si el efecto es incumplir tratados de carácter humanitario.¹⁰³¹

Para poder reclamar la violación sustancial como razón para dar por rescindido un convenio internacional se exige que el reclamante llegue con las manos limpias.¹⁰³²

Los efectos de la rescisión de una norma convencional, como los de cualquier otra norma del sistema jurídico, son la liberación de todos aquellos obligados por la norma contractual de las obligaciones para llevar a cabo o efectuar prestaciones. El efecto de la terminación del contrato no implica, dada la existencia del *grundlegung*, la inexistencia del derecho de la parte agraviada a reclamar daños. De hecho existen algunas cláusulas del contrato que no mueren no obstante que dicho contrato haya sido terminado, ejemplo de este tipo de cláusula es la obligación de no divulgar información confidencial.

Un remedio casi nunca considerado, pero fundamental en la contratación internacional es la misma declaración que hace el tribunal de la

¹⁰³⁰ *Idem.*

¹⁰³¹ Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, 1969, artículo 60.

¹⁰³² Así, la Corte sostuvo en el caso *Gabcikovo Nagymaros*, donde Hungría reclamaba terminación por violación sustancial por parte de Eslovaquia, que “Hungría por su propia conducta, había causado perjuicio a su derecho de rescindir el tratado”. *Case concerning the Gabcikovo Nagymaros project*, Hungary/Slovakia, ICJ, 1997.

ilegalidad de la parte responsable. Este poder de realizar juicios declaratorios es inherente a los poderes de cualquier tribunal, su misma razón de ser. La función del laudo es finalmente “asegurar el reconocimiento de una situación en derecho, de una vez y para siempre, con fuerza vinculante entre las partes; de forma que la posición legal así establecida no pueda ser nuevamente cuestionada hasta el punto en que los efectos legales que surgen de la misma se refiere”.¹⁰³³

1033 *Chorzow Factory Case, Germany vs. Poland*, Jurisdiction, PCIJ, 1927.